BIBLIOTECA DE JURISPRUDENCIA, FILOSOFÍA É HISTORIA

CRITICA PENAL

ESTUDIO

DE

FILOSOFIA JURIDICA

POR

MANUEL CARNEVALE

Profesor en la Universidad de Catania.

EDICIÓN REVISADA Y MUY AUMENTADA POR EL AUTOR
PARA LA TRADUCCIÓN ESPAÑOLA

MADRID
LA ESPAÑA MODERNA
Cuesta Sto. Domingo, 16.
Teléf. 260.

PRÓLOGO

En 1886 publiqué en la *Rivista di Filosofia Scientifica,* cuaderno de Agosto, un primer estudio acerca de la pena, en el cual me ocupaba del fundamento racional de ésta. Un crítico demasiado benévolo advirtió en aquel trabajo la excesiva condensación de las ideas, como un mérito sustancial, pero como un defecto de la forma, observación que me pareció muy justa. No me faltaban buenas razones que sirvieran de excusa á aquel defecto; sin embargo, esto no era bastante para disminuir en mí el deseo de volver, en alguna otra ocasión, con menor angustia de espacio y de tiempo, á ocuparme de las materias generales relativas á la pena.

Después, en 1888, publiqué una monografía titulada, *La Cuestión de la pena de muerte en la filosofía científica,* que ha sido traducida

recientemente al español. Aun cuando indicado de esta manera el asunto, revestía un carácter especial, la verdad es que, en el fondo, encerraba un problema general, cual es el de la juridicidad de las penas. De aquí que, mientras por la razón última, aquel estudio tendía á abrazar un campo bastante extenso, por motivo de su particular fisonomía y hasta por razón de su título, era preciso encerrarlo dentro de límites más modestos, de lo cual resultó nuevamente la necesidad de hacer una exposición ceñida, en la que muchas ideas apenas fueron indicadas, ó no se les dió el debido desarrollo.

Así, pues, estos trabajos me imponían, en cierto modo, la necesidad de dar á mi concepto general de la pena, un desenvolvimiento más extenso y más ordenado, que lo explicase en varias direcciones y mostrara el verdadero valor del mismo.

Tales fueron los orígenes primeros de este libro. Mas, cuando yo había formado el propósito de escribirlo y repasaba y coordinaba los materiales, recogidos durante mucho tiempo, surgieron otros motivos, de índole científica, que sirvieron para alentarme en la obra y hacerme creer que ésta podía tener alguna utilidad.

Quizá no me haya engañado. Apenas transcurridos cuatro años desde la publicación de la primera edición, creo que puede considerarse, desde un punto de vista puramente objetivo y prescindiendo completamente de mi persona, como la señal más decisiva (no digo la más importante) de un movimiento crítico en la aplicación del positivismo al Derecho criminal. *Al Derecho,* por cuanto en el campo de aquellas disciplinas que se ha convenido en llamar antropología y sociología criminal, la tendencia crítica se había ya manifestado de una manera franca é importante, siéndome grato recordar á este efecto, especialmente á Morselli, á Colajanni, á Vaccaro. Y es una coincidencia verdaderamente singular el que, en 1891, al propio tiempo que yo, en una especie de artículo-declaración, formulaba los puntos capitales que separaban á la escuela de Lombroso de aquel movimiento inicial (Véase *Rivista di discipline carcerarie,* año XXI, número 7, y trad. esp. en la *Revista de los Tribunales,* tomo XXIII, números 5 y 6), partiendo justamente de la *Crítica penal,* pero adelantándome mucho con respecto á la misma, el amigo Alimena, el más valioso compañero de aspiraciones, aprovechaba la ocasión de una nota bibliográfica de este libro para preanun-

ciar abierta y claramente una tercera fase en el Derecho penal.

El movimiento de que se acaba de hablar no es, por ahora, ni muy veloz ni muy vasto, de lo cual no hay motivo para quejarse, por cuanto el proceder paulatinamente es conforme á su naturaleza, pero va apoderándose insensiblémente de muchos espíritus, los rodea como atmósfera sutil, y prepara de esta suerte el terreno para una obra sólida y duradera.

MANUEL CARNEVALE.

INTRODUCCIÓN

§ 1. Tanto en el lenguaje común como en el científico, las dos denominaciones de *disciplinas penales* y *disciplinas criminales*, de *penalista* y *criminalista,* se usan casi siempre indistintamente, prescindiendo de una diferencia que todo el mundo admite, que nadie niega, pero que, en cambio, pocos recuerdan ó aprecian en su justo valor. Así, pues, el delito y la pena dan lugar á un cuerpo de doctrina, en el cual es claro que debe existir una línea de demarcación, pero en concreto, esta línea no se ve, ó no tiene la estabilidad y precisión necesarias.

Sin embargo, en estos últimos tiempos se ha venido destacando, del conjunto de las ciencias crimino-penales, una parte que ha adquirido fisonomía y desarrollo propios; aquella parte que se refiere á la ejecución de la pena, á la cual se da el nombre de *ciencia carcelaria* ó *penología.* Aunque con esto no queda satisfecha la necesidad de una distinción precisa entre ciencia penal

y ciencia criminal, es, sin embargo, en cierto modo, una preparación, una primera etapa para conseguir aquella meta.

He aquí, en pocas palabras, lo que yo pienso acerca de la cuestión.

No se puede dar pena sin delito, y entre ambos existe una relación que constituye toda la obra de la justicia práctica; por lo que es natural que, desde el punto de vista de ésta, aquellos dos hechos hayan de parecer inseparables. Hay, no obstante, algunas excepciones, que, aun cuando escasísimas, aun cuando se oculten entre una gran masa de elementos opuestos, insinúan la duda de que la coexistencia de aquellos dos hechos no es tan absoluta como á primera vista pudiera parecer. Pues, en efecto, precisamente en el terreno práctico, si no hay nunca pena sin delito, sí hay delito sin pena, bien porque el Estado crea que es más útil no interesarse en algunos delitos, como sucede en aquellos en que se procede á instancia de la parte ofendida, bien porque crea que realiza mejor sus fines con el olvido y el perdón, cual sucede en materia de prescripción y de gracia. Por tanto, un examen completo, que tenga presente la regla y no olvide la excepción, nos lleva al siguiente resultado: explica suficientemente por qué, en las conversaciones y discursos ordinarios y en las obras científicas, los dos términos *delito* y *pena* van casi siempre unidos, y deja abierta la puerta, estrecha si se quiere, á

la posibilidad de separarlos. De esta manera, en el puro terreno de los hechos, hay cuanto es necesario para poder elevarse á una discusión de principios.

Sea cual sea la escuela á que se pertenezca, sea cual sea el origen filosófico que se quiera dar al derecho punitivo, lo cierto es que el valor práctico de la pena consiste, principalmente, para todo el mundo, en ser un medio destinado á combatir los delitos. A los ojos de la gran mayoría, este medio se ofrece quizá como el más eficaz, porque es el más visible, el que se presenta rodeado de mayor prestigio; pero nadie podrá decir que sea el medio único. Aun los hombres de muy mediocre cultura saben hoy algo de la *prevención criminal;* gran palabra, que abraza cabalmente una larguísima serie de instrumentos más ó menos eficaces, más ó menos encaminados á la lucha contra el crimen, instrumentos que se extienden, desde las primeras reglas de higiene física, hasta las más altas reglas de aquella higiene del espíritu que se llama la «moral». Ahora bien; si la pena es un medio que obra en concurso con otros medios, hay que admitir, como una cosa posible, que la misma habrá de ir perdiendo con el tiempo de su valor, con respecto á estos últimos; que puede llegar á perder su antiguo puesto, el cual será ocupado por nuevas instituciones; en una palabra, puede irse vaya extinguiendo poco á poco.

Por tanto, puede decirse que, si la historia nos muestra hasta hoy ligado el destino de la pena al del delito, no estamos autorizados para inducir que haya de estarlo también en lo por venir, esto es, que los dos términos sean, por su propia naturaleza, inseparables.

Sentado este concepto, resulta clara la distinción entre ciencia criminal y ciencia penal. Si consideramos el delito en sus orígenes, en sus factores, en su desarrollo histórico, en las consecuencias inmediatas que del mismo derivan, en los medios de prevenirlo y de reprimirlo, tenemos la ciencia criminal. Si luego elegimos como único objeto de nuestro estudio uno de aquellos medios, la pena, tenemos la ciencia penal. Así, pues, esta última no parece sino una rama de la primera; pero por la extensión de que es susceptible y por la importancia que merece, adquiere fisonomía propia y separada. Por fin, si consideramos la pena aplicada al delito, tenemos la ciencia del derecho penal, campo, por decirlo así, común, en donde las otras dos se unen, no se confunden.

§ 2. La distinción que dejamos indicada no tiene un mero valor de método y doctrinal.

Cuando el estudio de la pena se une materialmente al del delito, no se puede mover libremente ni se extiende hasta sus confines naturales, sino que lo envuelve como en una red y lo oprime el fin particular y más urgente de la

pena, esto es, la represión del acto delictuoso; en tal caso, la consideración del fin impide hacer un examen detallado y profundo del medio, ó lo conturba, ó hace que se realice con preocupaciones. Los problemas más importantes que entonces surgen se unen unos á otros mediante el fuerte vínculo procedente del propósito de reprimir la criminalidad. ¿Sobre qué bases se apoya el derecho punitivo? ¿Qué condiciones deben tener las penas para poderlas infligir justamente por los delitos? ¿Cuáles son las especies penales que mejor satisfacen los fines de la justicia? ¿Dentro de qué límites debe contenerse ésta, en lo que á la represión toca, con respecto á los ofendidos, á los reos, á los Estados extranjeros? He aquí una multitud de cuestiones á que vienen dedicando, desde hace tiempo, su actividad los juristas. Pero la pena, en el ejercicio de su ministerio, ¿debe tener en cuenta sólo el hoy, ó también debe tener en cuenta el mañana? ¿Debe tener los ojos fijos en la realidad, ó debe también elevarlos á la alta llama del ideal? ¿Y qué influencia tiene sobre el valor de la pena el concurso, mayor cada día, de otros medios en la lucha contra el delito: lo modifica, ó lo deja intacto? En la constitución actual de la pena, en los cambios que va experimentando, en las tendencias que manifiesta, ¿hay algo que advierta que la misma ha entrado en un período de decadencia? En una palabra, ¿podemos decir que

esta institución social se halla todavía hoy en los días de su salud más exuberante, ó debemos confesar que el germen de la descomposición ha penetrado en su robusto organismo? He aquí tantos otros problemas que merecerían, á su vez, que los juristas fijasen en ellos su atención, y que el sistema de unir y confundir el estudio de la pena con el del delito ha dejado constantemente en la sombra.

De propósito he empleado la palabra *juristas,* porque acaso se dirá que la segunda serie de cuestiones enunciadas tiene más bien un interés sociológico que estrictamente jurídico. Lo cual depende de la idea estrecha que, por hábito inveterado, nos formamos de todo el problema jurídico de la pena. Pero ¿hay nada que pueda importarle más al derecho que saber si podrá todavía por mucho tiempo contar con la pena como medio para la tutela de la sociedad? ¿Hay nada que, aun desde el punto de vista práctico, pueda importar más que el saber si este arma que hoy empuñamos contra los criminales, se caerá un día inservible de nuestras manos, y tendremos que recurrir á otra para no permanecer indefensos? Así, pues, mientras que al hacer un estudio separado de la pena conseguimos hacernos cargo mejor de su naturaleza y de su fuerza, y adquirir un conocimiento más objetivo de la misma, un conocimiento más exento de prejuicios, de otro lado venimos también á ocu-

parnos indirectamente del delito, en cuanto procuramos saber si, para combatirlo en el porvenir, puede contarse con la pena.

Un estudio concebido de la manera indicada, que investigue todo el ser de la pena, en la parte que esplende al sol y en la parte que se esconde en la sombra, en lo que es hoy y en lo que será mañana, es una verdadera *crítica penal,* y es oportuno, por tanto, designarle con este nombre. He aquí á dónde conduce la distinción entre ciencia penal y ciencia criminal.

Pero, una vez izada en nuestro campo la bandera de la crítica, la índole del trabajo que, mediante esta última, se debe desarrollar, resulta por otros conceptos. La palabra *crítica* tiene un significado de oposición á *dogma,* oposición que ha consagrado en la ciencia una larga historia de dolores y de ejemplos magnánimos. El viejo dogma, contra el cual ha reaccionado el espíritu moderno y del cual se muestra ahora desconfiado, es el que proviene de la autoridad personal. Un autor que diga se propone conservarse alejado y libre del mismo, dice una cosa que hoy parece superflua, y respecto de la cual es mejor que calle, suponiendo que tal es el juicio de los lectores. Pero el lugar del viejo dogma lo va ocupando el nuevo, tocante al cual yo no considero exagerado ningún grito de alarma ni excesiva ninguna vigilancia: se separa de las doctrinas filosóficas generales, ó de una ciencia, ó aun de una teoría

especial, y se traslada á otra, no prestándole ayuda, sino adquiriendo en ella predominio é imperio; es la verdad, ó lo que parece tal, que ha brotado en un orden de conocimientos, y que trata de reforzarse extendiéndose á otros órdenes, no sometiéndose en ellos á nuevas pruebas ni procurándose nuevas bases. También la ciencia penal tiene gran precisión de ponerse en guardia contra tal dogma, y el espíritu crítico es la mejor garantía al efecto. El haber separado el examen de la pena del del delito es ya una ventaja, por cuanto, de esta manera, nos hallamos más alejados de las influencias perturbadoras que las varias doctrinas criminales ejercen, hoy más que nunca, sobre el estudio de la pena. Mas no hay que contentarse con esto. No solamente no deben preocuparnos en nuestro estudio, aunque sirvan para ilustrarlo y ayudarlo, las controversias relativas á la naturaleza del delito y al movimiento de la delincuencia, sino que dicho estudio debe conservar su autonomía frente á todo credo filosófico ó político, por autorizado que sea.

En resumen, la *Crítica penal* debe tener la significación de un examen libre: en cuanto á la materia, no aceptando términos preestablecidos y poniendo al descubierto todos los lados, lo mismo el más ostensible que el más escondido; en cuanto al método, sirviéndose de la observación propia y directa, exenta de todo prejuicio,

sea viejo sea nuevo, venga de parte de los amigos ó de los adversarios.

§ 3. Pero, por lo que al método se refiere, bueno será detenerse un tanto, á fin de poder explicar mejor y completar lo ya dicho.

Como la *positividad* es una exigencia del pensamiento moderno, á la cual nadie puede hoy sustraerse, al menos abiertamente, cuando hoy se pregunta, en cualquier ramo del saber, cuál es el mejor método, no hay nadie que no se apresure á contestar que el positivo. Unicamente algunos hacen ciertas reservas en cuanto á la inteligencia del mismo. Pero ¿se mantiene después de hecho esta admirable concordia? Basta echar una ojeada alrededor para convencerse de que no. Hay muchos pensadores que, en su campo especial, trabajan con criterios y con instrumentos, no de diferente naturaleza (en lo que, hasta cierto punto, no habría el menor mal), sino opuesta á la de aquellos de que se sirven otros. No por esto dejan todos de invocar el positivismo, el cual viene á ser, puede decirse, una bandera que cubre toda clase de mercancías; es más: hasta contienden entre sí, diciendo cada grupo que ellos solos son los positivistas y negando este carácter al otro grupo.

Lo cual quiere decir que, por ahora, no basta con responder á la cuestión del método con la fórmula general, pues ésta sólo podrá ser suficiente cuando la positividad llegue á ser (ojalá

suceda pronto) el hábito común de nuestro pensamiento. Hoy por hoy se requiere explicaciones particulares que muestren, por vía de ejemplos, cómo entiende cada escritor aquella fórmula en la órbita de sus investigaciones y de sus estudios. De aquí que, como nosotros hemos aludido á prejuicios y á dogmas cuya exclusión en todos los sentidos es lo que debe significar la *Crítica penal,* debemos hablar ahora de ellos más concretamente.

En nuestros días se venera como un dogma el principio de libertad. Todo el mundo lo considera como una conquista preciosa, porque en poco tiempo han comenzado ya á madurar sus frutos; porque todavía está viva la memoria de las luchas sostenidas para conseguirla y la de los tristes días de la esclavitud; porque sus enemigos no han desaparecido completamente y es preciso estar siempre alerta para ver si en las sombras afilan sus armas y preparan nuevos ataques (1). Y la libertad tiene íntimas rela-

(1) «...Comme l'esprit de réaction, qui a cherché plus d'une fois à confondre les idées et à les fausser, pour ensuite remanier en conséquence les lois et les institutions, pour nous rejeter aussi loin que possible en arrière, est encore plein de vie, d'énergie et d'audace: il est nécessaire d'opposer à ses efforts une resistance de chaque jour, d'opposer les principes vrais et salutaires aux préjugés erronés et désastreux, d'entrer et de faire entrer toujours plus avant dans les conséquences pratiques qui découlent de ces principes.» (Tissot: *Introduction philosophique à l'étude du droit pénal.* Paris, 1874, pág. 574.)

ciones con la institución penal, por el extraordinario poder que á ésta se confiere sobre el hombre, poder que no pocas veces ha servido de medio para ejercer la tiranía. A lo cual debe añadirse que la nueva fase del derecho penal es casi contemporánea al despertarse del espíritu liberal en Europa; de lo que resulta un vínculo de estrecha proximidad, que hace que ambos movimientos, el científico y el político, se influyan recíprocamente. Así, tenemos un conjunto de motivos suficientes á explicar por qué el liberalismo ha llegado á ser una preocupación mental de que pocos escritores de derecho punitivo se han librado. Preocupación que presentaba á la libertad como una cosa á la que no debía causar herida alguna el desenvolvimiento de las doctrinas de tales escritores, sino, por el contrario, circundar de precauciones y de prestigio. De esta preocupación se advierten numerosas huellas en las obras criminales modernas, y es muy visible y viva en algunas teorías, por ejemplo, en la del *fundamento racional de la pena.* Yo creo que el exagerado desarrollo de esta teoría sea debido, no sólo al espíritu de indagación y de crítica, que en nuestra época ha invadido todos los ramos del saber, sino también á la prevención liberista. Muchas luchas y muchas polémicas se explican por medio de dicha prevención. Así, para no hablar sino de una, me parece que los adversarios de la doctrina utili-

taria están muy preocupados por el liberalismo, lo cual les impide conocer y juzgar rectamente tal teoría (1).

Ahora bien; aun cuando la prevención de que se habla sea noble y generosa, no por eso perjudica menos á la serena objetividad de la investigación científica, y un espíritu verdaderamente crítico y positivo debe prescindir de ella para la solución de los problemas que se refieren á la pena.

He aludido á otra clase de prejuicios más graves, pero más difíciles de precisar: aquellos que provienen del fondo de las convicciones ya adquiridas en campos diferentes, cercanos ó remotos, del saber. La dificultad consiste en lo siguiente. Cuando un ramo de la ciencia se consagra á cultivar una zona determinada del

---

(1) He aqui, por via de prueba, un pasaje que delata bien claramente este prejuicio: «Je veux me renfermer tout entier dans le cercle des lois pénales. Or, qu'arriverait-il si les lois de cette espèce avaient pour unique fondement l'intérêt public? On pourra frapper indiféremment l'innocent ou le coupable, pourvu que la mort de l'un soit reconnue aussi utile que celle de l'autre. C'est en effet ce qui arrive, ou du moins ce qui est arrivé souvent dans l'ordre politique. «Il vaut mieux qu'un seul homme perisse que tout un peuple», s'écriait la foule des scribes et des prêtres, en parlant de Jésus-Christ. Cette maxime impie n'était pas seulement à l'usage des Pharisiens, nous la voyons mise en pratique dans presque tous les Etats qui ont joué un rôle un peu considérable dans l'histoire; elle a servi de prétexte à toutes les proscriptions, dont les partis, tour à tour vaincus et vainqueurs, se sont rendus coupables les uns vers les autres.» (Frank: *Philosophie du droit pénal*. Paris, 1880, pág. 18.)

campo del saber, los frutos recogidos en las otras zonas sirven de poderoso auxilio, y algunos son absolutamente indispensables: ahora, precisa distinguir cuándo estos frutos auxilian el trabajo que en aquella zona debe realizarse, de cuándo lo dominan, privándole total ó parcialmente de su independencia; cuándo cooperan á la producción de los resultados, de cuándo ejercen un influjo excesivo y predominante en esta producción; en suma, cuándo el saber antecedente tiende más bien á reafirmarse y repetirse que á convertirse en factor de nuevo saber. Todo el arte está en separar bien estos dos casos: entonces se buscan y se aprecian las relaciones que existen entre los varios ramos del saber, sin por esto olvidar la individualidad propia de cada uno de ellos, ó hacer vagos é inciertos sus contornos en el infinito cuadro de una cómoda enciclopedia.

Voy á aducir dos ejemplos de esta clase de prejuicios, á fin de mostrar cómo obran en el estudio de la pena y cómo debe guardarse de ellos el verdadero método positivo.

Una teoría que se encuentra al comienzo de la exposición en cualquier obra de Derecho penal es la relativa á los *orígenes filosóficos de la pena*. Esto, desde el punto de vista de la forma, no parece conveniente. En efecto, comenzar el estudio de una disciplina afrontando el más grave de sus problemas, es anteponer lo más

difícil á lo más fácil, la síntesis al análisis, y obligar al lector á seguir un orden inverso al que debe seguir en su estudio, dándole una enseñanza que no puede menos de tener todas las apariencias del más genuino apriorismo. Y en cuanto á la sustancia se refiere, colocada la teoría en la manera indicada, no puede por menos de tener una base deductiva; pero claro está que la deducción no puede ser hecha de estudios penales, puesto que precisamente la teoría se antepone á éstos, como su fundamento, sino de otra clase de estudios. Por esto es por lo que, si prestamos atención á las múltiples doctrinas en que ha venido encarnando aquella teoría, y las reducimos á sus verdaderos términos, vemos que, en su conjunto, cada una de ellas se presenta no más que como un apéndice de algún sistema filosófico ó político. Es el saber antecedente, que se reafirma y se repite, más bien que coopera á la determinación de un nuevo saber.

El otro ejemplo sirve para explicar la influencia especial perturbadora que las doctrinas criminales pueden tener en el estudio de la pena, influencia de que más arriba se ha hecho indicación. El examen de la pena y el del delito tienen tales relaciones entre sí, que parece difícil de concebir el caso en que el segundo engendre preocupaciones en el primero, en vez de ilustrarlo y ayudarlo. Pues bien; supongamos que el criminólogo se convenza, después de cui-

dadosas investigaciones, de que existe un férreo destino criminógeno, del cual nada habían dicho sus predecesores, y que la delincuencia no decrece, como éstos pensaban y como podría dar lugar á suponer la mayor suavidad de costumbres, sino que, por el contrario, aumenta, para vergüenza y peligro de la civilización. En este caso, á sus ojos crece la necesidad de la tutela social; mira en su derredor y estudia los medios más oportunos; desea ensanchar la órbita de la pena, atribuir á ésta más altos fines. Pues, á mi juicio, se equivoca. La pena no se ha formado en ningún gabinete científico ni en ninguna cátedra de universidad; es obra de los siglos; es una institución histórica, para la cual nuestras luchas históricas y nuestras polémicas han venido, en cierto sentido, demasiado tarde. Si ya no sirve; si la larga y honrosa carrera que ha recorrido la ha debilitado, ha agotado sus fuerzas; si las nuevas necesidades reclaman instrumentos más válidos y más poderosos, dígase, que todo el mundo apreciará la lógica y la franqueza. Pero ser distinta de lo que es, y ser todavía pena, es un absurdo, hijo precisamente de la influencia excesiva, preponderante, de los estudios criminales en los estudios penales.

Con lo poco que queda dicho basta, según creo, para explicar la manera cómo se entiende en el presente trabajo el método positivo y cómo se encierran en el mismo dificultades que

no es capaz de expresar la fórmula general por sí sola (1). Estas explicaciones acerca del método sirven también para ilustrar el concepto expuesto de la *Crítica penal.*

§ 4. Fijándose un poco en dicho concepto, se advierte inmediatamente cuáles son las grandes líneas del campo en que debe moverse la exposición de nuestro tema.

La pena es una institución jurídica, es, por decirlo así, una especie del género derecho; por lo cual, no se describe completamente su naturaleza, si, además de sus caracteres propios, específicos, no se considera aquellos que derivan del género á que pertenece. Por tanto, el determinar breve, pero claramente, el concepto de

(1) Aparte tales dificultades, de que, por lo demás, parece que muchos no se aperciben, yo creo que la positividad del método sea hoy un criterio insuficiente (no hay, pues, que excluirlo) para diferenciar las escuelas de derecho penal, las cuales se han de diferenciar principalmente por el contenido de sus doctrinas. Esto lo he hecho yo notar, como contestación á la critica dirigida contra el concepto de una *tercera escuela* por Puglia y Ferri, cuya obstinación en apoyarse sobre aquel criterio y monopolizar el positivismo en favor propio, me parece que es formarse una idea demasiado juvenil, infantil puede decirse, de las condiciones presentes de la ciencia y de sus necesidades reales. Véase mi opúsculo *La Nueva tendencia en las diciplinas criminales,* Catania, 1892, pág. 2-3-5; y en el mismo sentido el de Alimena: *Naturalismo crítico y derecho penal,* Roma, 1892, páginas 18 y 19.—Véase, en contrario, Ferri: *Sociologia criminal,* Turín, 1892, pág. 400; y Puglia: *Si hay ó puede haber una tercera escuela de derecho penal,* Catania, 1892, pág. 2; y *Naturalismo crítico y derecho penal,* en la revista *L'Anomalo,* fasc. de Febrero, 1892, pág. 44.

este género, es cosa necesaria para el estudio de la pena.

Hecho esto, fácil es indicar sus más importantes caracteres genéricos, por cuanto no hay que hacer sino desarrollarlos, partiendo de la idea del Derecho antes sentada, en la cual están implícitos.

Después, es preciso delinear bien la noción específica de la pena, para que se sepa bien claramente cuál es la institución jurídica que se designa con este nombre.

En este punto es donde se presenta la cuestión al parecer más grave de todas, á saber: la de la función de la pena. Esta cuestión tiene largos precedentes en las doctrinas relativas al *origen racional del derecho de castigar,* cuya crítica desapasionada, juntamente con oportunas observaciones, nos llevará á dar una contestación satisfactoria.

El camino recorrido hasta aquí es en gran parte conocido. Pero la *Crítica penal* debe ir más adelante: debe acometer, uno tras otro, los problemas que hemos mencionado más arriba (§ 2) y que ahora volvemos á recordar.

La función de la pena ¿se concreta y se limita al estrecho círculo en que hoy se mueve, ó tiende á los amplios horizontes del mañana? Se mueve en la realidad, pero ¿no se eleva al ideal?

¿De qué naturaleza es el concurso que otras instituciones prestan á la pena en la lucha contra

el delito, los modos en que se presta este concurso y las relaciones que del mismo derivan?

¿Marcha la pena en nuestros días por su antigua vía, ó se aleja de ella, indicando ciertos cambios no conformes á la índole de la misma? Y caso de existir la desviación, ¿qué significación tendrá: implicará la idea de una decadencia, de una extinción lenta de la pena?

Estas son las primeras líneas, el boceto del cuadro que queremos dibujar.

CAPÍTULO PRIMERO

El Derecho.

§ 5. Es imposible determinar la época en que comenzó á formarse el derecho, porque indudablemente se esconde en el mundo tenebroso que precede á la historia. Mas, si no es posible saber, en el orden del tiempo, cuándo comienza el proceso formativo, los estudios prehistóricos, aunque todavía muy jóvenes, fundándose sobre la paleología ontológica y sociológica, permiten por lo menos describirlo en sus líneas esenciales.

La más remota agrupación de hombres en que podemos penetrar con el pensamiento parece ser la matriarcal (1). Su actividad típica es pre-

(1) G. Tarde, en una nota crítica acerca de la primera edición de este libro (Véase *Archives de l'Anthropologie criminelle,* tomo v, pág. 450) juzga excesiva la importancia que yo concedo al matriarcado. En un terreno tan poco seguro como éste, estoy muy lejos de toda opinión absoluta, y digo que parece (sólo *parece)* que la más remota agrupación de hombres sea la matriarcal, porque encuentro más persuasivas las razones que se aducen en favor de esta hipótesis. La cuestión no puede tratarse incidentalmente en una nota.

datoria, sin que esto quiera decir que no existan otras formas secundarias, que se desarrollen al lado de aquélla. Dicha actividad tiene dos distintos períodos: la adquisición de la presa, y la división de la misma entre los miembros del grupo. En el primero, se puede prescindir de una autoridad, dado el egoísmo, á menudo violento, que en tales tiempos predomina. La madre, que tiene en esta época un cierto poder, interviene en las divisiones, haciéndolas ella misma, ó regulándolas. Aun cuando su autoridad no tenga gran fuerza, y á menudo no se ejerza sin oposición, es, sin embargo, la que nos da la primera forma de gobierno.

La matriarca regula, de la mejor manera que puede, la repartición de la presa, teniendo en cuenta las diferentes necesidades y la fuerza que cada uno de los reclamantes posee, con la cual sostiene sus pretensiones sobre el concurso prestado al botín. Para esta obra la ayuda la poca experiencia que ha podido adquirir, y más aún el instinto y el afecto hacia la prole. Ella, en virtud de un principio fisiológico bien comprobado, tiende á conducirse siempre de un modo en los casos idénticos, y aun en los análogos; y así se va poco á poco formando una práctica que facilita su trabajo. La matriarca que sucede á la anterior tiene presente esta práctica, y al atenerse á ella, la refuerza; con lo cual viene á formarse con el tiempo una especie de tradición.

Supongamos ahora que, en un momento determinado, alguno de los miembros del grupo, menos dispuesto que los demás á la violencia, y más razonable, se apoye en la tradición para obtener la parte que desea, afirmando que, en virtud de aquélla, le corresponde una cierta cantidad de la presa; en tal caso, afirma algo que de lejos parece presagiar un derecho. He aquí, pues, un primer elemento de la formación jurídica. Supongamos que la matriarca no encuentre fundada la pretensión de aquél, es decir, que no vea entre ella y la tradición la relación que se invoca, y, por consiguiente, la rechace. Supongamos también que los demás miembros, desalentados por semejante repulsa, no se apresuren á hacer uso de aquella forma de instancia, la cual, por ahora, no pasa de ser un fenómeno aislado, que poco á poco se olvida. El elemento de formación no deja rastro en este caso, y se pierde. Pero es también igualmente razonable la hipótesis contraria, esto es, que la matriarca encuentre fundada la pretensión y la acepte. Nosotros, sin embargo, no tenemos necesidad de servirnos de esta hipótesis, y nos atenemos sólo á la primera. La cual sólo implica que tardará en aparecer un nuevo elemento de formación más de lo que tardaría en el caso contrario; pues no podemos menos de admitir que una vez ú otra la pretensión se tendrá por buena y se accederá á ella, porque no es posible que siempre se consi-

dere infundada. Cuando esto sucede, no sólo reaparece el primer elemento, sino que se le añade uno nuevo, bien diferente: no tendremos tan sólo la simple afirmación de alguna cosa como un derecho, sino tambien el reconocimiento, más ó menos claro, de éste. A partir de aquí, los indicados elementos deben de reaparecer más frecuentemente y con más solidez.

Considerando, pues, la formación del derecho en sus primeros orígenes, tenemos que resulta de tres factores: *tradición*, *demanda privada* y *función gubernativa*.

He elegido como punto de partida la *repartición de la presa,* porque, como hecho que se refiere á la nutrición, momento biológico de orden principalísimo, me parece la ocasión más probable para dar nacimiento al derecho. Pero esto tiene una importancia secundaria á mis ojos. Lo que á mí me importa establecer es la naturaleza del proceso formativo, no la eventualidad particular que, en un grupo de hombres, haya dado la ocasión primera para aquel proceso. En efecto, elíjase, si se quiere, otra ocasión, otro momento de la vida del grupo en el cual sea necesaria la intervención de la matriarca, y se verá desarrollarse siempre una formación jurídica, resultante de los tres indicados factores: *tradición*, *demanda privada* y *función gubernativa*.

Dicho esto, pasemos más adelante.

Cuando los hombres primitivos llegaron á adquirir un cierto grado de elevación en las facultades psíquicas y en la organización interna de sus grupos, el matriarcado dejó el puesto al patriarcado. De qué manera se verificó la transición, no es fácil decirlo, ni éste sería tampoco el lugar oportuno para ello. Es probable que el momento genético de la patriarquía deba buscarse en aquella etapa de la actividad predatoria (adquisición de la presa) de que no nos hemos hecho cargo, y que durante algún tiempo hayan existido ambas formas de gobierno, la una al lado de la otra. Cuando un varón sobresalió en fuerza y en audacia, hasta el punto de obtener el mando en la guerra, pudo adquirir también una mujer para sí, y se convirtió en *padre,* ora efectivo, ora putativo. A la vez que se establecía su autoridad bélica, la madre se retiraba y circunscribía en el campo consagrado á la paz; coexistían poco; hasta que más tarde la matriarquía hubo de ser desterrada aun de este último dominio. Sea de esto lo que quiera, es indudable que, cuando el patriarcado adquirió algún vigor y se consolidó, comenzaron á desarrollarse otras formas de actividad al lado de la actividad predatoria, y quizá en algunos grupos se sobrepusieron á ella. Veamos qué es lo que entonces aconteció.

Ya hemos observado que de las deliberaciones tomadas por la matriarca siempre que se repar-

tía la presa nació con el tiempo la regla *juri-forme*. El razonamiento hecho para aquel caso es aplicable á muchos otros que podríamos ahora considerar. En esta época vemos al patriarca pronunciar sus sentencias con respecto á cada una de las actividades de alguna importancia que los hombres ejercitaban, conformarse él mismo á tales sentencias en los casos idénticos y análogos, establecerse una práctica, una tradición, ser invocada ésta por el interesado, tenerse por adecuada la invocación, y de esta manera nacer el derecho. Pero el proceso es ahora más rápido, por estar ayudado por los procesos anteriores, y porque, siendo la autoridad del patriarca más vigorosa de lo que lo era la de la matriarca, sus preceptos se aplican casi sin contradicción y se incorporan más fácilmente á la tradición. Un ejemplo. Uno de los hechos que en aquella época debían reclamar con más frecuencia los cuidados del jefe era la lucha por la hembra, bien fuese ésta robada á otros grupos, bien perteneciese al grupo mismo dentro del cual surgía la contienda. El patriarca decidía según diferentes criterios: el valor personal de los individuos que luchaban, los servicios que le habían prestado durante la paz, los dones que ofrecían, etc. De sus sentencias, dadas para resolver cada particular caso, venía con el tiempo surgiendo una tradición, en que luego se apoyaba aquel que creía merecer la hembra.

Pero, por un lado, la tradición se formaba ahora en menos tiempo, y por otro, la apelación á la misma tenía mayor fuerza, por hallarse apoyada por una especie de conciencia jurídica, que en este tiempo se había venido elaborando.

De lo que se acaba de decir resulta clara la manera cómo se ha verificado y desarrollado la formación jurídica. Nacida en medio de una de las actividades más importantes de la época, ha sido como el centro de un movimiento jurídico particular, limitado á aquella sola actividad. Después ha aparecido un nuevo centro en el seno de otra actividad, y así sucesivamente. De esta manera, el derecho, considerado en conjunto, no deriva de un solo punto de partida, desde el cual se extiende luego hasta el infinito, sino de varios centros sucesivos, y á veces contemporáneos. En una palabra, es poligénito, no monogénito. Esto no quiere decir que entre los diferentes centros no exista relación (ya hemos visto que sí): el movimiento del centro antecedente favorece á menudo, en grado mayor ó menor, la aparición del que sigue; éste, una vez que ha aparecido, irradia hilos que lo unen al otro y colman el intervalo que los separa.

§ 6. Dada de esta suerte una idea del proceso formativo del derecho, en sus rasgos principales, veamos cuál es su valor práctico en medio de las sociedades humanas.

Volvamos á la repartición de las presas. Si

esta repartición no se hallara regulada en modo alguno, la mayor parte de las veces tendría que surgir contienda entre los individuos interesados; y la repetición de estas contiendas debilitaría y concluiría por romper el vínculo, seguramente no muy sólido, que los une. Considerando, pues, la unión de tales individuos como una entidad moral, es evidente que la misma no se conserva sino mediante la función que la matriarca ejerce en la distribución de las presas. Lo propio debe decirse en cuanto á la lucha por la hembra. Si no hubiese autoridad alguna que viniese á ponerle fin, y los espíritus feroces pudiesen desfogar libremente sus iras y los rozamientos no terminasen sino mediante la victoria sangrienta de una parte y el aniquilamiento de la otra, ¿sería posible que se mantuviera largo tiempo la cohesión del grupo? Por consiguiente, bajo este respecto, la función gubernativa de la matriarca tiene un valor utilitario aun desde sus más remotos orígenes.

Cuando, como hemos visto, dicha función se complica, por el aparecer de la *tradición* y de la *demanda privada*, esto es, cuando encontrándose con éstas, adquiere una primera forma jurídica, en este caso se produce una notable mejora en su modo de funcionar, puesto que la *tradición*, dando normas estables, hace menos fáciles la incertidumbre, los errores y las arbitrariedades, y la *demanda privada*, por un lado,

implica un reconocimiento menos forzado, más sincero, puede decirse, de la matriarquía por parte de aquellos que están sujetos á la misma, y por otro, ayuda la obra de ésta, invocando las reglas tradicionales y comentándolas con el ardor propio de los interesados. Por tanto, en el momento en que la función gubernativa se cambia en función jurídica, su valor utilitario respecto á una determinada sociedad se acrecienta; lo cual quiere decir que este valor se muestra en el derecho desde el primer momento de su formación.

Mas, aquí ocurre preguntar dos cosas: 1.ª El derecho ¿encierra siempre la utilidad del grupo social? 2.ª ¿Qué relación existe entre la utilidad del derecho y la opinión que de ella se forman los coasociados?

De todo acto humano, como de toda institución humana, fluye una serie de consecuencias que, con relación á un objeto dado, se dicen útiles ó nocivas, ó en parte útiles y en parte nocivas. En este último caso, para afirmar que el acto ó la institución es útil, se necesita ver si las consecuencias que tienen tal carácter son en mayor número que las que no le tienen. Si la consecuencia fuese una sola, el camino sería fácil; ahora, como todos tenemos una gran tendencia á los caminos fáciles, suponemos muchas veces que efectivamente no haya más que una consecuencia.

La institución jurídica, desde su primera aparición en el matriarcado hasta las fases más recientes en los Estados modernos, produce un efecto útil, que es el de mantener la cohesión de las sociedades, efecto que se considera como particular y característico de dicha institución.

En el matriarcado, donde la cohesión social es tan débil, que todo impulso, interno ó externo, cualquiera pequeña perturbación, la pone en peligro, el derecho tiene seguramente una importancia grandísima, en cuanto es un factor ordenado y continuo de dicha cohesión. Aun admitiendo que este aspecto útil sea el único, que no comiencen ya á surgir del seno del mismo otros aspectos útiles, y que enfrente de éstos haya algún aspecto nocivo, como el que predomina es el primero, deberá decirse siempre que el derecho encierra la utilidad del grupo matriarcal.

Al decir esto, admito ya como un supuesto la posibilidad de que el derecho no coincida, bajo todos sus aspectos, con el interés social. La razón de esto es evidente, con sólo que se recuerden los factores del derecho. Aun cuando la *función gubernativa* se cuide mucho del bien del grupo, tanto por razón de los vínculos de la sangre cuanto porque el egoísmo de aquellos tiempos remotísimos es quizá menos áspero é intransigente de lo que nosotros nos figuramos, sin embargo, como dicha función se encarna

casi completamente en una autoridad personal, se ve obligada á ceder no poco á los caprichos y á las pasiones humanas. Es verdad que por encima de ellos está la tradición, que á unos y á otras enfrena, pero no hay que olvidar que su rigor es escaso en aquellos tiempos, y que su fuente es la misma *función gubernativa*.

En los Estados modernos la cohesión es, sin duda, mayor, pero siempre le es necesaria la obra del derecho. Además, éste tiene distintas funciones, encaminadas más bien que á mantener simplemente unido el cuerpo social, á hacerlo marchar sobre un camino de progreso. Por consiguiente, el contenido utilitario del derecho ha aumentado. Y si aun hoy debe admitirse la posibilidad de que la institución del derecho se aparte del interés social, dicha posibilidad es ahora más lejana que antes. Debe admitirse, porque, aun cuando en nuestros Estados, regidos libremente, todos los poderes públicos emanan de la soberanía nacional, por una parte, esta emanación no es tan sincera en la práctica como solemne en la teoría, y, por otra parte, como la gran máquina gubernativa la mueve un orden especial de personas, resulta que, si éste no forma una casta cerrada, como en los tiempos antiguos, siempre se propone fines especiales, en relación á particulares tradiciones, costumbres, necesidades é intereses. Y es más lejana que antes, por el enorme cambio que la

autoridad gubernativa ha experimentado desde las sociedades matriarcales á las sociedades actuales, cambio que ha consistido en que el interés del que manda y del que obedece se hayan ido aproximando cada vez más, y al que se debe el maravilloso progreso legislativo, que, desde la existencia de algunas pocas reglas jurídicas, nos ha conducido á los códigos modernos.

Resumo mi pensamiento en las siguientes proposiciones:

El derecho tiene una utilidad constante, que se considera como su utilidad específica, y que consiste en la *cohesión del cuerpo social.*

Si nos detenemos en ella, es preciso reconocer un valor utilitario al derecho en todas las épocas. Pero si, como debe hacerse para formar un juicio exacto, recorremos todo el radio de su acción, en este caso encontramos que, en ciertos lugares, tiempos y circunstancias, aquel valor puede faltar.

Esta última hipótesis es menos frecuente cada vez, á medida que el derecho va avanzando en el curso de su evolución; por lo que es lícito inferir que con el tiempo tiende á desaparecer toda divergencia entre la utilidad social y el derecho.

De esta manera queda contestada la primera pregunta; pasemos ahora á la segunda.

La regla es que la utilidad del derecho y la opinión de los coasociados deben marchar de

acuerdo, esto es, que aquella utilidad debe ser reconocida por los hombres en medio de los cuales se desarrolla. De otra suerte, no sería posible ninguna institución social, pues éstas no subsistirían largo tiempo si su situación ordinaria fuese la desestima de los ciudadanos con respecto á las mismas. Pero esta regla sufre muchas excepciones.

Ya otros han advertido que las instituciones sociales no producen inmediatamente los beneficios que de ellas se esperan, por la manera lenta cómo obran. Esta advertencia no se repetirá nunca bastante en un siglo en el cual no es la virtud principal la paciencia. Por tanto, las leyes, los mecanismos de gobierno deben ser juzgados después de una larga experiencia, que no se detenga ante los efectos inmediatos, sino que llegue hasta los remotos, deseosa de conocer, no impaciente por sacar conclusiones. Cuando se sigue el sistema opuesto, ocurre á menudo que se considere como inútiles ó nocivos leyes y mecanismos que realmente no lo son.

Hay otras muchas causas de error, como: factores históricos extraordinarios, influencia de tribunos y señores de la muchedumbre, imitación de Estados vecinos, crisis agrícolas ó industriales, etc. Mientras la anterior consideración respecta á institutos nuevos ó poco ha nacidos, este último orden de causas se refiere á los institutos que hace ya tiempo funcionan. Por

virtud de estas causas aparecen como dudosos los antiguos beneficios, ó como reportando una utilidad mediocre; cualquiera inconveniente, antes descuidado, se agranda y preocupa; nacen á la vez otros; lo que un día se consideró como una esperanza, infunde hoy temor.

Sin embargo, si esta especie de antagonismo entre la utilidad real del derecho y la opinión de los coasociados produce la abolición ó la modificación de las instituciones jurídicas en los casos más graves, cuando ha llegado á un *maximum* de intensidad, en los casos ordinarios las deja intactas. Dichas instituciones tienen en su constitución misma el remedio del mal. Recordemos que el derecho procede de tres factores, uno de los cuales, la *demanda privada,* cambia continuamente, el otro, la *función gubernativa,* identificándose con la persona del jefe, está sometido á los mismos cambios que éste en las sociedades primitivas, pero distinguiéndose poco á poco la persona de la función, va adquiriendo una estabilidad mayor cada vez en las sociedades que progresan, y, por fin, el tercero, la *tradición,* si bien considerada en un largo espacio de tiempo aparece como mudable, es, en cada período histórico, el verdadero elemento fijo del derecho, la base de todos los movimientos de éste. Hablamos de la *tradición* en un sentido bastante amplio; y así, si en los grupos matriarcales no comprende la misma sino

pocas reglas, en los Estados modernos se halla representada por los códigos, por la ciencia y por la conciencia jurídica. Por esto es una fuerza inmensa que resiste al empuje de la opinión pública y le da tiempo para corregir sus errores sobre las utilidades inherentes al derecho.

Las cuestiones que apenas hemos indicado hacen comprender con qué espíritu de prudente análisis, libre de fórmulas absolutas y de prejuicios unilaterales, debe tratarse el arduo problema del utilitarismo jurídico.

Por último, conviene insistir en un punto sobre el cual hemos pasado muy rápidamente y que merece una consideración especial.

Observando el derecho en el grupo matriarcal, hemos encontrado su utilidad en la cohesión del grupo mismo. Pero luego, refiriéndonos particularmente á las sociedades adelantadas, hemos dado á entender que no es aquella la única utilidad que le corresponde, sino que es la utilidad específica con relación á otras utilidades congéneres con ella. Y, en efecto; en los Estados modernos, presenta el Estado, de una manera bastante clara, dos aspectos: uno negativo, por el cual se muestra, por decirlo así, como una fuerza de resistencia á las fuerzas disgregadoras de la sociedad, como un límite que impide el conflicto de las actividades individuales, y, por tanto, la disolución de los vínculos sociales, y otro positivo, que dirige, que hace

converger aquellas actividades al ideal de una asociación cada vez más perfecta entre los hombres. La cuestión relativa á si el segundo aspecto no sea más que un simple desarrollo del primero, es hoy ociosa, en cuanto el uno y el otro tienen una importancia propia y distinta, de suerte que no es exacta una fórmula de la utilidad jurídica que no los comprenda á ambos. Por lo demás, no sólo es posible, sino que es hasta fácil el encerrarlos en una fórmula única, siempre que se dé á las palabras una cierta amplitud. Por ejemplo: dada una sociedad humana, que no llamaremos organismo, sino cuerpo político, para evitar dificultades, y entendiendo la palabra «conservación» en su más amplio sentido, puede decirse que aquél se conserva, no sólo en cuanto no se disgrega, sino en cuanto se desarrolla y progresa; en tal caso, toda la utilidad jurídica se encierra en la fórmula de la *conservación social*. Y ésta se puede cambiar, á su vez, en la de *defensa social*, porque, si un ser se *conserva* con relación á sí mismo, con respecto á los agentes que ofenden su conservación, *se defiende*.—Hallada la fórmula, queda por hacer la distinción entre los dos aspectos del derecho, positivo y negativo. Débese advertir que, mientras la función de *cohesión social* parece más propia del derecho, precisamente porque nos detenemos ante los efectos más inmediatos de las cosas; la otra, que podría llamarse de *evo-*

lución social, parece más vasta y genérica y se reparte entre el derecho y las demás instituciones humanas. Por esto prescinden de ella muchos pensadores modernos y reducen la misión del Estado á ser un grande establecimiento de seguridad pública.

§ 7. Mas ya se comprende que, reducida á esto la distinción, tiene para nosotros una importancia muy teórica: sea una, sea otra la forma de la utilidad, lo esencial es que el derecho tiene valor en cuanto es una fuerza conservadora de la sociedad. Más bien que distinguir los varios aspectos de esta única fuerza, parece necesario distinguirla á ella misma de toda otra que sirva para el mismo fin. Vamos á hacerlo rápidamente.

Volvamos al matriarcado. Aun antes que el derecho surgiese, tenía el matriarcado una especie de cohesión, resultante, por decirlo así, de varias fuerzas, como los vínculos de la sangre, los estímulos de necesidades idénticas ó análogas, el enlazarse, con vínculo más ó menos sólido, las relaciones de simpatía y de asistencia, la comunidad de trabajo y de placeres, la autoridad de la matriarca, etc. A estas fuerzas se añadió después el derecho. Para reconocer la nota característica que lo distingue de las fuerzas precedentes, no hay más que compararlo con la última, de la cual es, en cierto modo, una evolución, fecundada por elementos particulares.

La autoridad de la matriarca es un poder obligatorio ó de coacción externa. Esta autoridad obliga á todos, menos á la persona en quien reside, la cual está libre de todo freno y de toda fiscalización. Pero cuando comienza á formarse la ley jurídica, ésta es superior aun á la matriarca, no obstante que emane de ella y que ella sea quien la haga cumplir. Y, en efecto, entonces todo asociado puede invocar una norma favorable á sus pretensiones; es verdad que, en la práctica, la matriarca no se suele someter á aquella norma, pero, sin embargo, lo cierto es que se acude á ella, á la norma, como á algo que tiene aún sobre la matriarca carácter de superioridad; de otra manera, la invocación de tal regla carecería de fundamento. Aclarar bien el aspecto y el contenido de la superioridad, reforzarla cada vez más aproximando su valor real al valor nominal, es obra del tiempo. De modo que, cuando nos encontremos con un decreto, con una ley, que tengan fuerza imperativa sobre el mismo poder de que emanan, diremos que aquel decreto, aquella ley, son jurídicos, y que son jurídicas las autoridades que los imponen ó los aplican. Esta es la señal característica del derecho, que lo diferencia de las otras fuerzas que sirven para conservar el grupo social: podríamos llamarla *hiperarquicidad.*

Alejándonos del matriarcado y viniendo al extremo opuesto de la evolución de la sociedad

y del derecho, encontramos que el elemento hiperárquico se ha elevado á un grado altísimo de desarrollo.

Cualquiera que compare los humildes orígenes del Derecho con su estado presente tiene que quedar no sé si más incrédulo ó asombrado: el punto de partida y el de llegada están tan lejanos entre sí, que parece que no tienen nada de común. Este admirable progreso es la resultante de las particulares evoluciones de cada uno de los tres factores del derecho. La *tradición* primero se hace estable, luego se aumenta y se coordina, y después da carácter predominante á algunas máximas, que son las que llegan á formar el núcleo de los futuros códigos. Cuando éstos aparecen, aquélla es ya digna de otro nombre; entonces, la ley jurídica atrae hacia sí un orden particular de estudios, que, poco á poco, desde la categoría de investigaciones particulares y estrechas, se eleva á la de teorías más ó menos perfectas, convirtiéndose en ciencia. De aquí en adelante, la ley jurídica y la ciencia jurídica marchan por el mismo camino, una delante y otra detrás, acortando, á medida que progresan, la distancia que las separa, y llegando por fin al sitio en que ahora podemos contemplarlas. Ni es menos alta la cima á la que se ha elevado la *demanda privada,* por una vía doble: directa é indirecta. En la primera, de simple apelación de la tradición ante la memoria del

jefe, ha llegado, mediante el desarrollo y tendiendo á una esfera cada vez más amplia de actividad, hasta la defensa de cualquiera interés, egoísta ó altruista, propio, de una clase ó de una universalidad, con los procedimientos judiciales, con las reclamaciones administrativas, con las votaciones populares, con las protestas de la prensa, y en los casos extremos, con la insurrección. En la segunda vía, la *demanda privada* ha ido ganando cada vez más fuerza, porque el ciudadano se ha ido poco á poco convirtiendo él mismo en importantísimo factor de la ley jurídica, en que debe encontrar apoyo la demanda, y de la *función gubernativa,* que debe acogerla ó rechazarla. Esta última, la *función gubernativa,* se hace cada vez más firme, más cuidadosa, más respetada; realiza su trabajo con mayor continuidad; lo especifica en varias funciones, cada una de las cuales se especifica después nuevamente; y de esta manera nos ofrece una numerosa serie de poderes cívicos, que se mueven con gran prudencia en un todo orgánico y perenne. Ahora bien; si estas tres evoluciones convergen al progreso general del derecho, éste, á su vez, se compendia en el progreso del elemento hiperárquico, ó, como se dice en el lenguaje común, de la soberanía del derecho. Cada palmo de terreno que se gana en la fatigosa subida no es sino una victoria del mismo sobre las mudables voluntades humanas, sobre

sus errores, sobre sus despotismos; toda esperanza que mire al porvenir no ve otra cosa sino su completo triunfo.

Importa fijar bien la mirada sobre este carácter específico del derecho, sobre la hiperarquicidad. Porque es inútil hacerse ilusiones: en medio de las cotidianas incertidumbres de la vida, en medio de las luchas de intereses variadísimos, que todos los días se aumentan y se complican más y más; en el continuo aparecer de innumerables formas de concurrencia social, la soberanía del derecho es una necesidad de nuestra mente y de nuestra conciencia, es el puerto donde todo anhelo queda satisfecho. Las antiguas escuelas comprendían esto muy bien, y buscaban la soberanía en principios de orden absoluto, sobrenatural. Por su parte, las nuevas escuelas no tienen razón en quejarse del crédito de que todavía gozan aquéllas, si no comprenden también lo que aquéllas comprendían, esto es, si no oponen á la soberanía extrínseca la soberanía intrínseca del derecho. Mas, para hacerlo así, es preciso sorprender el carácter hiperárquico en sus primeros orígenes, y seguir su continuo incremento por naturales evoluciones; estoy por decir que hay que considerarlo como la gran alma del derecho.

§ 8. De lo anteriormente expuesto (§§ 5, 6, 7), podemos deducir una definición del derecho que indique la naturaleza de éste con alguna

claridad y precisión. El derecho es «un instituto humano que contribuye á la conservación de las sociedades, con virtud obligatoria, actuada y organizada por poderes públicos, y superior aún á estos mismos». De lo que resulta que la función del derecho es la *conservación*, ó, si se quiere, la *defensa* de las sociedades; pero esta función la realiza de un modo particular, que sirve para diferenciarlo y especificarlo.

Hay muchos escritores que hoy en día prefieren definir el derecho de una manera muy general. Se dice que es el conjunto de las leyes y de las relaciones que tienden á la conservación de la sociedad, ó algo que, en sustancia, viene á reducirse á este mismo concepto. He aquí algunos ejemplos, elegidos al acaso de entre los más recientes. Wautrain Cavagnari escribe, hablando del derecho: «Su verdadera diferencia específica resulta del orden de relaciones que estudia, y se compendia en la fórmula: conservación y perfeccionamiento del organismo social (1).» Bonelli dice: «Justo es, en último resultado, lo que la opinión social juzga socialmente útil de un modo constante y universal (2).» Y Schiattarella: «Justo es todo acto conforme á las condiciones de la coexistencia;

(1) *L'Ideale del diritto*. Génova, 1883, pág. 19.

(2) *La Morale e il diritto come elementi integranti del organismo sociale*, en la *Rivista di filosofia scientifica*, fasc. de Mayo, 1887, pág. 301.

injusto el acto que se opone á estas condiciones (1).»

Fórmulas de esta clase no son erróneas; tienen el defecto de no comprender toda la verdad, sino sólo una parte; enuncian algunos caracteres de la cosa definida, y descuidan los otros. Más diré: cuando se exponen incidentalmente, ni siquiera son censurables, porque ha lugar á suponer en este caso que el escritor ha dicho lo que ha dicho al correr de la pluma, sin pretender revestir su pensamiento con el ropaje más adecuado. Pero no es posible aceptarlas cuando, como en nuestro caso ocurre, se trata de hallar una definición justa del derecho.

Hay, por tanto, que introducir en aquellas fórmulas ciertos elementos que reunan al aspecto genérico, el aspecto específico. Y se debe hacer esto con cuidado, para que no se crea haber hecho una especificación perfecta cuando sólo se ha especificado en parte (2). Así, en la definición

(1) *I presupposti del diritto scientifico.* Palermo, 1885, pág. 80.

(2) He aqui el ejemplo de una fórmula que parece contener una especificación perfecta, pero que, á mi juicio, aunque le anda cerca, no lo consigue; es del profesor Puglia: «Estas últimas (las juridicas) son las normas que regulan aquel orden de acciones humanas que se consideran necesarias para la conservación y el mejoramiento de la vida social, y se imponen á la voluntad de los coasociados bajo la amenaza de penas y de una responsabilidad más ó menos grave.» Véase *Genesi ed evoluzione dei più importanti diritti della personalità umana,* en la *Riv. di filos. scientifica,* fasc. de Junio, 1888, pág. 364.

que yo he propuesto se ve claro que el derecho *coopera* á la conservación de la sociedad, y que, por consiguiente, no es él solo el que tiene esta función; se muestra que concurre á este fin con fuerza obligatoria, organizada y actuada por poderes públicos, lo cual podría parecer bastante para la especificación completa, y sin embargo, no lo es. La última frase de la fórmula es la más necesaria de todas, porque contiene la idea de hiperarquicidad, que forma el verdadero carácter específico del derecho; una fórmula sin esta frase es, puede decirse, una fórmula ciega.

CAPÍTULO II

La pena en el derecho.

§ 9. En este capítulo no hacemos ningún estudio particular de la pena: nuestro punto de partida es el siguiente. La pena es una institución jurídica, una rama del gran árbol cuya idea acabamos de exponer; de manera que, aun sin acercarnos á su propia individualidad y no proponiéndonos hacer ni haciendo un examen directo de ella, puede, sin embargo, discurrirse acerca de algunos de sus caracteres, que le corresponden, por decirlo así, no en cuanto pena, sino en cuanto institución jurídica, ó, en otros términos, que pertenecen al género, no á la especie. Por tanto, este capítulo es de índole deductiva: aplica á la pena los conceptos ya fijados en el anterior, desarrollándolos con la amplitud estrictamente necesaria.

Empecemos por la función del derecho.

Dicha función es la *defensa de la sociedad* (no digo «conservación», por adoptar la fórmula más usual, supuesta la equivalencia de las dos

voces). Luego ésta es también la función genérica de la pena.

Pero, ¿qué se entiende por *defensa de la sociedad?* El examen debe recaer sobre ambos términos: sobre la idea de *defensa* en general, y sobre esta misma idea en cuanto es aplicada á las sociedades políticas. Cuanto al primer término, no tengo más que hacer que reproducir una advertencia que hice ya respecto á la *conservación social* (§ 6), y que se enlaza, además, con un concepto que vengo sosteniendo desde mi primer trabajo jurídico (1). A la palabra *defensa,* lo mismo que á la palabra *conservación*, no hay que darles un alcance muy limitado, como es el de un simple mantenimiento del estado actual de la cosa de que se trate, sino que también hay que extenderlo al proceso evolutivo de ésta. Este sentido, si bien es menos ordinario, ó dicho acaso con más exactitud, menos vulgar, es más completo, porque abraza los dos aspectos estático y dinámico. El segundo término da lugar á una indagación muy delicada, que haré en pocas palabras, procurando que la brevedad no sea en perjuicio de la claridad.

En estos últimos tiempos la idea de que la sociedad fuese un organismo había llegado á hacerse muy común, y la mayoría la aceptaba

(1) *Della pena nella scuola classica e nella criminologia positiva e del suo fondamento razionale,* en la *Rivista di filosofia scientifica,* fasc. de Agosto, 1886.

sin discutirla, como cosa ya firme y segura. Se invocaba como decisiva en una serie siempre creciente de aplicaciones; era el centro del cual irradiaban una infinidad de corolarios. Pero no tardaron en surgir opositores contra esta idea, algunos de los cuales entienden que las diferencias entre la organización biológica y la sociogica sean más graves y más numerosas de lo que creen los sostenedores del concepto orgánico de la sociedad, y otros rechazan desde luego aquel concepto. La discusión se enlaza con un problema bastante mas alto, el cual, quizá sin que de ello nos demos cuenta, se halla en el fondo de la mayor parte de las cuestiones en que ahora se hallan empeñadas las ciencias morales, y es el siguiente: saber cuáles son los confines precisos que separan el reino vital del reino social. Si esta discusión se mueve en su campo propio, es lógico que cada cual se coloque libremente en su puesto y se encamine, quizá con audacia afortunada, por la vía que considere como la mejor. Pero si, por el contrario, trabajamos en otras esferas y con otros fines, no son lógicas dos cosas: en primer lugar, que se razone lo mismo que si no existiese una controversia; en segundo, que frente á aquélla no se tome en las aplicaciones, por decirlo así, una aptitud reservada. Este espíritu de reserva, que es el mejor correctivo de la precipitación científica, la cual, á su vez, es el verdadero punto débil de nuestros estu-

dios y de nuestra cultura, se contenta en el tema que nos ocupa con dos observaciones.

La primera es que la idea de organismo social extendida á toda humanidad naufraga hoy miserablemente ante los escollos de la vida real. Cuando las naciones modernas, y muy especialmente (nótese) las que se hallan colocadas en los más altos peldaños de la escala del progreso, se hallan separadas y divididas entre sí por antagonismos tan profundos, que no temen la miseria, la bancarrota económica, ni las convulsiones internas que de esto resultan, con tal de prepararse para el día de la gran lucha, en que la una deberá lanzarse sobre la otra, para oprimirla ó ser oprimida por ella, la concepción orgánica de la sociedad parece tan sólo un sueño de color de rosa, presagio de un porvenir que acaso ninguno de nosotros ha de ver.

La segunda observación es que, aun limitado aquel concepto á los Estados particulares, es preciso proceder con mucha cautela para entender bien cuál puede ser su valor concreto.

Ciertamente, cada Estado presenta varios caracteres de organización; pero estos caracteres que parecen bastante claros y definidos cuando se les mira desde fuera, esto es, cuando se considera al Estado desde el punto de vista internacional, se ofrecen, unos menos determinados y precisos, otros más débiles y otros no existen cuando se considera al Estado desde el punto de

vista nacional. Antes, en un determinado período, aquellos dos aspectos se pueden representar por dos líneas, cada una de las cuales sube tanto cuanto baja la otra. No tenemos necesidad de pensar en el estado de guerra: Aun prescindiendo de esta situación violenta, cuando un pueblo presenta, en medio de los demás, una fuerte organización política, que se muestra con la potencia del ejército y de la armada, con la estabilidad de los ministerios y de las tradicionales diplomáticas, con la docilidad del parlamento, con la ingerencia directa del jefe del Estado en los asuntos públicos, en tal caso, si la mirada osa penetrar más adentro de estas formas imponentes, en la vida interna del pueblo, advierte que los vínculos orgánicos son bastante menos fuertes de lo que se había imaginado. No hay necesidad de poner ejemplos; basta, para convencerse de ello, con echar una ojeada sobre el mapa político de la Europa moderna. La oposición de que estoy hablando (que, como lo prueba la historia, puede llegar al punto de romper en pedazos la estructura del Estado) tiene una causa de atenuación, por cuanto, á medida que aumentan las luces de la civilización, á medida que á los viejos métodos empíricos de gobierno van sustituyendo otros más racionales, á medida que va apareciendo y desplegándose el valor de la riqueza social en la génesis de los hechos políticos, las clases directoras se perca-

tan de que la fuerza externa no puede ser duradera cuando se opone á ella la debilidad interna, y procuran, con tentativas en verdad infructuosas, de hacer menos profunda la división y antagonismo entre ellas. La inversa relación indicada existe, pues, en toda su plenitud, y acaso existirá todavía por mucho tiempo; sin embargo, existe la tendencia, hasta ahora débil, á que dicha relación inversa cese. Por tanto, sólo en un cierto sentido puede hoy atribuirse á los diferentes Estados el carácter de *organismo,* á saber: en el sentido de ser una organización que se está formando y que abraza al presente más bien el aspecto político que el estrictamente social.

Siendo esto así, resulta que *defensa de la sociedad* no equivale á defensa de organismo biológico, ó de los futuros organismos sociológicos, ideal de la civilización humana. En cualquiera ser completamente organizado, en un animal, en un hombre, hay tal coordinación de partes, que no es posible que la defensa del todo no sea también la defensa de cada una de aquéllas, sea defensa directa ó indirecta, que esto no importa, si bien, á decir verdad, muchas veces esta relación no se ve sin dificultad. Por el contrario, es evidente que en un ser incompletamente organizado, no puede ocurrir lo mismo, á causa del estado de desequilibrio que existe entre lo que ha adquirido el tipo de la organización, y lo que (para decirlo con una frase vulgar, pero eficaz)

ha hecho y todavía hace el gasto. Así, pues, cuando se dice que la función del derecho, la función genérica de la pena es la *defensa de la sociedad,* no se dice propiamente que sea la defensa de cada particular miembro, sino la de toda la sociedad en cuanto es un cuerpo político, constituido en unidad por virtud de sus leyes, de sus instituciones, de sus costumbres, de su conciencia moral y jurídica y de su gobierno, y que en todo período histórico debe conservarse y progresar (1).

§ 10. El derecho tiene un valor utilitario, que consiste precisamente en la *defensa de la sociedad* (§ 6). Este mismo valor lo tiene también la pena, como acabamos de ver. Ahora debemos detenernos á considerar más de cerca el utilitarismo penal.

No se nos oculta que *útil* es, en cierto modo, una palabra y una idea no muy simpática. En el lenguaje ordinario, estamos, desde hace largo tiempo, habituados á entender por *útil* lo que satisface á nuestros sentimientos egoístas y responde á nuestras necesidades inmediatas. En parte este hábito reside también en el terreno científico filosófico, y la escuela que entiende lo *útil* de un modo más amplio no puede aspirar á

(1) Sólo con esta restricción puede admitirse la fórmula *defensa social.* Enunciada pura y simplemente, como lo ha hecho la escuela de Lombroso, es un error que acusa deficiencia de estudios sociológicos.

desarraigarlo de un golpe. Pero además de dejarse imponer por este hábito y considerarlo como un obstáculo insuperable, ó, por el contrario, no hacer ningún caso de él, á la manera de la escuela de que se acaba de hablar, hay una tercera vía, bastante más fácil, donde el problema se pone en los términos siguientes: aun admitiendo la significación restrictiva de lo útil, ¿qué valor tiene en la cuestión presente? Consideremos el asunto en su fondo. Si las acciones del hombre se inspiran tan sólo en su propia conveniencia, yo las llamo utilitarias, ó egoístas, pues para el caso es lo mismo, y experimento hacia ellas un sentimiento de aversión más ó menos pronunciado. Pero este sentimiento va acompañando al nombre, no deriva de él; por el contrario, la palabra *utilitario* tiene un sonido poco grato á mi oído, porque yo conozco bien las acciones á las cuales se refiere, acciones que, en el carácter del agente, en los propósitos, en los resultados, en todo su conjunto, repugnan á mi conciencia moral. Si luego considero la obra de una sociedad humana, y me parece que, análogamente á la del hombre preindicado, no va encaminada á otra cosa más que al propio interés, la llamo utilitaria, dando á esta palabra el significado acostumbrado. ¿Puedo yo decir que conozco la obra de la sociedad como conozco la del hombre? ¿Equivale el interés de la una á la conveniencia del otro? He aquí dos preguntas

ante las cuales se queda uno, por lo menos, suspenso, no habiendo ojo atrevido que crea penetrar en la vasta red de la acción colectiva de la sociedad tan fácilmente como penetra en el pequeño círculo de la acción individual. Pero, ¿qué es lo que yo hago? Doy á la palabra *utilitaria* referida á la primera el mismo sentido que le doy cuando la refiero á la segunda, como si ambas tuviesen idénticos caracteres ó provocasen en mí sentimientos uniformes. En suma, aquella palabra tiene un sonido poco grato á las almas nobles y generosas en consideración al obrar del individuo, y luego se le atribuye el mismo sonido cuando se aplica al obrar de la sociedad, sin tener en cuenta que la relación ha cambiado, por haber cambiado los términos. De todo lo cual resulta que, aun admitida la significación común de lo *útil*, esto no puede tener en el campo social el mismo valor que tiene en el campo individual, sino que debe extenderse por exigirlo así las cosas mismas é independiente de todo sistema filosófico.

Una aclaración. En el vol. IV (1889) de los *Archives de l'anthropologie criminelle* fué publicada la ponencia que Tarde presentó acerca de la cuestión de la *responsabilidad moral*, al congreso que los antropólogos criminalistas celebraron en la capital de Francia á la época de la Exposición Universal última. Dicha ponencia está, como acostumbran á estarlo los escritos de Tar-

de, seriamente meditada y hace pensar mucho. En las últimas páginas, el ponente establece una distinción entre la pena utilitaria y la que no lo es, expresándose de esta manera: «En effet, les membres d'une société, dans les rapports avec les élements extra-sociaux qu'ils ne songent pas à s'incorporer, ne se proposent que d'utiliser ceux-ci ou de les écarter s'ils sont inutilisables, mais nullement de se les assimiler. Aussi à l'égard de ceux-ci, la pénalité, si pénalité il y a, est-elle strictement et rigoureusement utilitaire. Avec les agresseurs du dedans, au contraire, la peine, vraiement digne alors de ce nom, ajoute à cette visée d'utilité sociale un but différent, celui de réassimiler le coupable à la société dont il fait partie, du moins quant tout espoir à cet égard n'est pas perdu.» Ahora, yo pregunto: ¿estamos nosotros seguros de que el fin de la reasimilación no es una perspectiva de utilidad social? Cuando un hombre se ve agredido, y en vez de oprimir al adversario, se esfuerza por aplacarlo y calmarlo, comprendo que no se anden buscando sus motivos recónditos, si existen, y se le alabe por generoso, en lugar de llamarlo utilitario ó egoísta. Pero el cálculo que debe hacer la sociedad no debe hacerlo el individuo, el cual mira á una esfera inmensamente más pequeña, y menos compleja, de necesidades; por lo que no hay dificultad ninguna en que lo que es benevolencia en el segundo sea consideración uti-

litaria en la primera. Así que, á mi juicio, no se trata de pena utilitaria ó de pena que no tenga tal carácter, sino de pena propiamente dicha ó que se llama así con evidente impropiedad de lenguaje; y desde este segundo punto de vista, la distinción de Tarde tiene verdadera importancia.

Por lo demás, desearía que no se me entendiera mal. La cuestión anterior no es una mera disputa de palabras; es una advertencia que, á la vez que trata de poner en claro la posibilidad de dar al utilitarismo, en cuanto se aplica á la ciencia de las penas, una adecuada latitud, sin contradecir la significación común de lo *útil,* se propone, más que esto, hacer comprender que realmente se le debe dar tal latitud. Sea lo que quiera lo que se piense acerca de dicha posibilidad, lo que hay que asentar bien es que la consideración utilitaria de la pena no se encierra dentro del breve campo de los intereses, por decirlo así, más materiales y más próximos, sino que tiende á explanarse en más anchos horizontes; que el utilitarismo penal no significa nada de opuesto á aquellas altas idealidades, á las que poco á poco se eleva la conciencia humana (1).

(1) Tarde, el cual ha criticado á menudo la doctrina utilitaria, aun á propósito de mi opúsculo *La Cuestión de la pena de muerte,* en su escrito que lleva por título: *A propos de deux beax crimes (Archives de l'Antropologie criminelle,* vol. 6.°, 1891, pág. 453 y siguientes), vuelve á la carga, y

Esto supuesto, surge ahora una pregunta, cuya contestación es fácil prever después de lo dicho. Se trata de saber si la institución penal coincide en todo tiempo y perfectamente con lo que se llama la *utilidad general.* Hay que proceder por distinción.

Si con esta frase se quiere significar, como lo indica propiamente su sonido, la utilidad del cuerpo político en su unidad y no en las partes singulares que lo componen, en este caso, se debe decir que la pena, por regla general, coincide con esta utilidad, y que las excepciones se hacen cada vez más raras, á medida que la humanidad va subiendo la pendiente fatigosa de su camino. Así, registrando la historia antigua, podremos encontrar ejemplos, que no son jamás frecuentes (piense lo que quiera un pesimismo hasta ahora infundado), en que el sistema penal de principios tiranos, en lugar de servir para la cohesión social, fué causa, lenta, pero no por eso menos eficaz, de disolución (como lo prueba

---

concluye de esta manera: «Je ne m'attarderais pas à ces déductions paradoxales... si elles n'étaint propres à faire toucher du doigt l'insuffisance du calcul utilitaire des biens et des maux sociaux donné pour unique appui à la morale et au droit, *du moins quand on restreint ce calcul à l'intérêt social actuel sans tenir compte de l'avenir.*» Yo, que desde mi primer trabajo jurídico he enarbolado la bandera del *principio ideal* y la despliego aquí más ampliamente (cap. v), puedo aceptar perfectísimamente estas últimas palabras subrayadas; antes bien, desde mi punto de vista, son la mejor defensa del utilitarismo que yo profeso.

el imperio romano); y registrando la historia moderna, podremos encontrar también alguno de estos ejemplos, pero con mayor trabajo, siendo inútil buscarlos en las naciones civilizadas y teniendo para ello que internarnos entre las más espesas nubes de los pueblos bárbaros.

Pero si por *utilidad general* se entiende la utilidad de todo coasociado, en tal caso, lo primero que hay que hacer es eliminar á los delincuentes, los cuales pueden obtener algún efecto útil de la pena, pero que, mientras ésta sea digna de tal nombre, deben ver en ella principalmente un mal. Cuanto á los ciudadanos honrados, cada uno de ellos ve, en teoría, en la pena un bien cierto; pero luego en la práctica muchos tienen ocasión de afirmar que la pena es en sustancia útil á ciertas clases de la sociedad, ó al menos, que no lo es igualmente para todas las clases. Fácil es comprender cómo ocurre esto, recordando los factores en virtud de los cuales el Derecho surge, se desarrolla, progresa, y con arreglo á los cuales, si consideramos una ley aunque haya sido formada en estos tiempos de civilización, mientras aparentemente derive tan sólo de lo que se llama *soberanía nacional,* en realidad de donde trae su origen es de la ciencia jurídica, de la voluntad de los súbditos y de la de las clases directoras, las cuales, como ya he indicado (§ 6), si no forman una clase cerrada, como en otros tiempos, están siempre constituidas por

un orden de personas que tienen tradiciones é intereses especiales, y deben, por tanto, tener fines análogos. Pero, por otra parte, también he advertido que la divergencia va amenguándose cada vez más, y que se van acortando las distancias que separan las ventajas del que manda de las ventajas del que obedece. Y una causa de esto está en la misma *lucha por la existencia,* que podría ser considerada como contraria á nuestra tesis y que continuará siendo materia de erróneas inducciones si en su estudio no se deja á un lado toda impaciencia por sacar conclusiones y todo prejuicio. En efecto, quien habla de antagonismos entre clases dominantes y clases sometidas debería recordar dos cosas: que las primeras, por simple instinto de conservación, van cediendo cada día más terreno á las segundas; y que no participan igualmente del poder, de donde nace entre ellas una lucha interna que redunda en exclusivo provecho de la plebe, porque, por un lado, la debilita, y por otro, no se combate sino procurando á toda costa obtener para sí el favor popular. De manera que es cierto que la institución punitiva, respecto á los ciudadanos honrados, no siempre coincide perfectamente con la utilidad de todo miembro del cuerpo social; pero la divergencia no es muy honda y de día en día se va haciendo menos sensible.

En conclusión, pues, si la utilidad que repre-

senta la pena no se confunde por ahora con la *utilidad general,* en el uno y en el otro sentido de esta fórmula, son, sin embargo, dos términos muy próximos y que tienen una tendencia decidida á confundirse.

§ 11. En los parágrafos anteriores hemos visto cómo nace y se desarrolla el derecho, cuáles son sus factores en su origen y en su proceso. Dejando á un lado toda explicación sobrenatural, encontramos en las formas más toscas de la actividad humana las humildes fuentes de este río majestuoso, cuyo curso secular se halla regulado, en todos los períodos de su existencia, por causas que no trascienden de la naturaleza y del hombre. Aun considerándolo en el estado presente, en el cual sus aguas abarcan tanta extensión y profundidad, y sobre la superficie de las mismas se advierte la primera luz incierta de nuevas auroras, pueden reducirse á tres sus factores: el *hombre súbdito,* el *hombre de gobierno* y el *hombre de ciencia.* Después se querrá explicar este hombre tan diferente en los tiempos y en los lugares, y se buscarán causas históricas, sociales, físicas, cósmicas, penetrando en un campo casi infinito de estudios; pero no es dado ir más allá: el último término es la naturaleza. Admitida esta doctrina natural del derecho (1), se admite también el relativismo

(1) Digo *natural,* únicamente en el sentido de contraposición á *sobrenatural* ó *divina;* y creo siempre, contra la opi-

jurídico, que va implícito en ella, porque no puede tener carácter absoluto lo que está sujeto á causas mutables y en continua mutación. La historia confirma el principio con la mayor evidencia, mostrándonos en sus innumerables fases instituciones jurídicas que decaen y desaparecen, al paso que otras surgen, otras realizan rápidos progresos, otras cambian de aspecto, hasta el punto de que casi no se las reconoce. Este relativismo, en cuanto no se refiere ya al género, sino á una de las especies de éste, es relativismo penal.

Y, si es posible, este relativismo nos parece que está aquí más fundado. Ni en todos los lugares, ni en todos los tiempos se tiene la misma idea de la pena: los diferentes pueblos la consideran como simple venganza, ó como expiación religiosa, ó como compromiso entre las venganzas privadas, ó como fuerza terrorífica que obliga á los súbditos á prestar obediencia á los jefes, ó como institución defensiva del derecho y de la sociedad, exenta de todo sentimiento de odio hacia el reo. Ni siempre se dirige contra las mismas acciones: muchas de las que en otro tiempo

---

nión de muchos positivistas, que el derecho, más que una aplicación de las puras leyes naturales que se proponga regular y moderar las actividades de los coasociados, es una evolución superior de las mismas leyes, que las completa y hasta las corrige. En un trabajo de mayor extensión, que estoy preparando, haré la declaración y explicaré mejor esta mi fe jurídica.

comprendía las considera hoy extrañas á sus dominios, y, al contrario, muchas que entonces se consideraban como inocentes, y hasta merecedores de alabanza, las reprime ahora severamente. Mirándola más de cerca, en las especies particulares á que se aplica en la práctica, se ofrece la ocasión de advertir otro aspecto interesante de su variabilidad: algunas especies de penas que en otro tiempo se usaron, como las infamantes, como las corporales, han desaparecido de las naciones verdaderamente civilizadas; alguna otra, la pena capital, que hasta hace cien años era estimada como la piedra angular de todo el edificio represivo, la han desterrado varios Estados (entre ellos la antigua patria del derecho), y en los que la conservan ha entrado en un período de decadencia que se acentúa cada día más; y las demás especies de penas se van transformando en su aplicación, y en un modo tal, que las aleja de su tipo primitivo.

Aparte de su verdad intrínseca, el concepto relativo de la pena produce grandes ventajas en la ciencia. Coloca los problemas en su verdadero terreno, librándolos de aquella atmósfera de inoportunos entusiasmos y de apasionadas polémicas, en medio de las cuales no es ya posible reconocer su verdadera índole, y presentándolos de un modo más modesto, menos solemne é imponente, pero al propio tiempo de contornos claros, precisos, mediante lo cual es posible en-

contrar su solución. Tengo la esperanza de que una prueba de ello la ha de haber ofrecido mi monografía acerca de la *cuestión de la pena de muerte.* Y no solamente el espíritu del estudioso se hace más tranquilo, más atento, más reflexivo, libre de prejuicios que lo perturben ó lo desvíen, con relación á cada particular problema, sino también con relación á todo el campo de sus indagaciones y meditaciones. Convencido de que la pena no tiene nada de absoluto, sino que es una pura formación histórica, que varía lo mismo que varía el proceso general de la historia, aparece por causas naturales y sociales, por lo cual no está demostrado que no pueda desaparecer, el estudioso, si es positivista por convicción, lo llega á ser también por necesidad, porque comprende que sólo observando minuciosamente, comparando, clasificando los fenómenos penales en el pasado y en el presente, puede elevarse á la idea general de un tipo de la pena, alta cima no indigna de la más atrevida especulación y desde la cual es lícito rasgar los velos del porvenir.

CAPÍTULO III

Noción de la pena.

§ 12. Considerado, á manera de estudio preliminar, el género á que la pena pertenece y los caracteres que del mismo trae ésta, es llegado el momento de examinar la individualidad específica de la misma, lo que la diferencia de las demás instituciones de derecho.

Empecemos por dar su noción. Esta debe ser precisa en todo tiempo y en toda escuela, de manera que no sean posibles los equívocos. Pero esta necesidad ha aumentado en nuestros días, por algunas consideraciones que merecen ser expuestas.

Las primeras se refieren á la actual *ambigüedad en el lenguaje.*

De Roberty escribe: «Ces trois mots—ambigüité de termes—sont ceux que l'histoire écrit lentement, mais en lettres majuscules, sur le frontispice de la philosophie des âges passés, et je crains fort que la plupart de nos discussions philosophiques les plus graves, de nos polémi-

ques les plus acerbes, de nos divisiones d'école les plus intransigentes ne soient rangées un jour dans le même catégorie et sous cette même inscription (1).» Y es preciso confesarlo: si la ambigüedad del lenguaje es un vicio antiguo, la verdad es que en nuestros tiempos ha aumentado mucho. En las ciencias morales se encuentra esta ambigüedad á cada paso, y es quizá el obstáculo más serio que retarda su progreso: por su culpa están todavía sin resolver muchas cuestiones, separando y dividiendo en luchas á menudo infecundas á los sabios de todos los países.

Las palabras cambian de significación de diferentes maneras: ó se usan en sentido metafórico, en vez del literal; ó irónicamente, se emplean en un sentido opuesto al ordinario; ó tienen un sentido que no es el suyo propio, pero que más ó menos se aproxima á él. En general, sólo se advierte los dos primeros modos y no se para la atención en el tercero, que es el más importante, por ser de él del que nace la ambigüedad de que se habla. En efecto, cuando la misma palabra tiene varios significados análogos, no es fácil saber, como en los otros dos casos, en cuál de ellos se emplea en el caso concreto de que se trate.

Una especie de ambigüedad, que podemos llamar *común*, procede de varias causas, algu-

(1) *La Sociologie*. Paris, 1886, pág. 53-54.

nas de ellas sentimentales, oscilantes entre la suavidad cortés del ánimo y la hipocresía. El campo donde esta ambigüedad es más visible es el que llaman el mundo de la política. Aquí, especialmente en las capas más altas, cuando se quiere expresar un pensamiento que no favorece nada á un hombre, á un grupo de hombres, á un instituto social, se escoge la forma que atenúa más su dureza, ó que la vela por completo. Por ejemplo, cuando un gran personaje quiera decir de otro que es equivocada la dirección que sigue, dirá tan sólo que no es la mejor de entre las posibles; cuando quiera manifestar en público temores por una empresa acometida por aquél, dirá que no confía completamente en ella y en su éxito. Los periódicos que en cada país gozan de mayor autoridad y desean mostrarse imparciales, serenos y elevados en las discusiones, desdeñando las polémicas acres de sus colegas, adoptan á menudo el mismo sistema. Y como ahora hay la tendencia á reproducir en los demás ramos de la actividad social los usos y costumbres propios de la política, por lo cual las personas de algún valor á menudo emplean, fuera de los negocios públicos, la conducta y las maneras que son propias de éstos, resulta que la poca sinceridad de lenguaje de que venimos ocupándonos crece y se extiende también por medio de la imitación. Es decir, que la ambigüedad en los términos, aun siendo un vicio

casi general (pues sólo están libres de él las clases ínfimas), viene alimentada por el ejemplo de la fraseología política.

Hay otra especie de ambigüedad, que llamaremos *científica*. Prescindiendo de escuelas, es indudable que las relaciones existentes en y entre las varias ramas del saber son ahora mejor conocidas y apreciadas de lo que lo han sido antes. De lo que resulta que el pensador que se dedica á un estudio especial, á menudo no puede menos de penetrar en los campos próximos al suyo. Esta necesidad es mayor en aquellos que profundizan poco en las diferencias, y por lo mismo ven demasiado las analogías entre las varias partes del saber y casi casi tienden á confundirlas en un terreno sin límites, en el que se echan por tierra ó no se tiene en cuenta las piedras que sirven de mojones entre los campos colindantes. Por lo cual, todos los estudiosos, y especialmente y con exceso estos últimos, se ven obligados á dirigir su atención, no sólo al fenómeno que se han propuesto estudiar, sino también á los demás con los que éste tenga cualquiera relación. ¿Qué resulta de aquí? Cuando la mirada abarca muchas unidades, los contornos de cada una de éstas no son tan claros, tan definidos, como lo serían si se mirase cada una de ellas separadamente: la diferencia que las separa parece menor de lo que es en realidad, y entonces es fácil que una de estas unidades se

designe ó indique con el nombre de otra que está al lado de aquélla, ó con el nombre del grupo á que ambas pertenecen. De aquí la ambigüedad en el lenguaje científico, ambigüedad que sólo podrá evitarse cuando se aprecie y se tenga en la debida cuenta la exactitud de la forma; por eso no caen en tal ambigüedad aquellos (pocos, en verdad) que son celosos observadores. Y fácil es comprender cuáles son, en último resultado, los perjudiciales efectos de esta clase de ambigüedad: poco á poco se va llegando á la falta de precisión en las ideas; se comienza confundiendo los nombres y se concluye confundiendo las cosas.

Así, pues, por un doble camino va perdiendo toda rigidez y exactitud la manera de considerar las palabras: éstas no son ya signos rigurosos y específicos de las ideas, sino medio de comunicación intelectual, que se usa con mucha amplitud y libertad. Estando en tal estado las cosas, es intuitiva la necesidad de dar una noción de la pena, que ponga netamente de relieve la índole de ésta, haciendo desaparecer las incertidumbres y las arbitrariedades, hoy tan frecuentes.

§ 13. Pero además hay que considerar lo que llamamos *relativismo penal.*

Si, mirada á través de los tiempos, la pena va experimentando una infinidad de cambios, por virtud de los cuales, si se la considera en

dos momentos muy separados uno de otro, su fisonomía se nos presenta tan distinta; si es tan varia la idea que las diferentes gentes han tenido y tienen de esta institución, ¿es posible definirla, de manera que la definición comprenda todas las fases por que ha pasado, lo mismo las más antiguas que las más recientes? La pregunta requiere dos contestaciones, una teórica y otra práctica. Ante todo, hay que afirmar resueltamente aquella posibilidad. El evolucionismo es la teoría de la sucesión de las formas, no de la confusión de las formas; y la naturaleza sería para nosotros un caos sin fin, si, en medio de los múltiples cambios de un ser, no fuera posible conocer su índole constitutiva, de suerte que fuese una perfecta incógnita la cuestión de si dicho ser se ha cambiado sencillamente ó si se ha extinguido. Ciertamente, las transformaciones de las cuales en un determinado momento se ha producido el hombre y en las que acaso en otro determinado momento desapacerá, son una cadena inmensa, no interrumpida por ningún vacío; ciertamente, es muy difícil, por no decir imposible, indicar el momento en que la transición se ha verificado; pero esto no obsta para que nosotros tengamos la idea fundamental, característica, del hombre, por virtud de la cual nos es dado determinar su puesto en la escala de los seres vivientes. Dicho esto en teoría, la mejor manera de contestar á la pregunta hecha

consiste en poner todo el cuidado posible en que la noción de la pena resulte exacta y que sea como el punto firme en el mar movible de la historia penal.

Me ha parecido conveniente exponer estas consideraciones, que todavía podrían alargarse (mirando á la vez la ambigüedad en el lenguaje y el relativismo, después de haberlos mirado separadamente), para dar una idea de las dificultades que rodean á la ciencia en su estado presente, y para resolver las cuales puede prestar algún servicio la *lentitud de método* que un crítico perspicaz ha advertido en otro trabajo mío.

§ 14. En su más amplio sentido, *penar* vale tanto como *sufrir,* por lo que decimos, verbigracia: que tenemos pena por un pariente, por un amigo, que la anciana madre pena hace muchos meses sobre el lecho del dolor, etc., etc. En un sentido menos amplio, *pena* implica *padecimiento, daño,* que se impone á alguno por haber realizado una acción prohibida. De estos dos sentidos, el segundo es el que más propiamente se atribuye á la voz *pena* y el que se ha fijado en el lenguaje de un modo especial ó constante. Abandonemos, por tanto, aquél y fijémonos en éste. Pero hay que explicar bien uno y otro.

Consideremos las puniciones domésticas.

El padre suele conceder todos los días dos horas de libertad al hijo para que vaya á diver-

tirse. Pero le avisan de que éste no se reune con buenas compañías. Entonces, sin decirle nada, lo conduce consigo á paseo, procura que se divierta y se olvide de los antiguos compañeros. Pero el muchacho sufre con esto, poco ó mucho. Aquí tenemos un sufrimiento que tiene por antecedente una falta determinada; sin embargo, no tenemos todavía la pena, porque el padre no ha querido imponer ningún dolor; no se propone más que evitar el mal, apartando de su decisión toda apariencia de castigo, y aun procurando divertir al hijo de otra manera que la que él acostumbraba.

Un segundo ejemplo. Habiendo el padre sabido que el hijo elige malos compañeros, lo reprende y le advierte que, si no cambia de sistema, se quedará por las tardes en casa, en lugar de salir á paseo. El joven continúa reuniéndose con los mismos amigos, y entonces el padre no le da por algunos días el acostumbrado permiso, deseando que el hijo experimente un dolor que sirva para corregirlo, y que, según los casos, sirva también de ejemplo á los demás hijos. Esta es la pena ó castigo, como más propiamente se la llama en este caso.

En una palabra, no todo dolor que proviene de una falta es pena, sino que sólo recibe el nombre de tal el dolor que se impone como respuesta á la falta cometida, reconociéndolo como un dolor y queriendo aplicarlo como tal. Cuando, por

tanto, veamos un ente reaccionar contra la culpa con el fin inmediato de proporcionar un padecimiento, salvos todos los demás fines, más ó menos próximos, diremos que castiga; al contrario, cuando el dolor del culpable no es su fin inmediato, sino uno de tantos efectos como derivan de su acción, en tal caso no daremos á éste el nombre de *pena*.

Así entendida la significación de la *pena,* tendremos tantas especies de ella cuantas son las especies de acciones prohibidas. Y siendo fácil distinguir cuatro órdenes principales, que interesan á las religiones, al Estado, á los grupos sociales menores y á la familia, cuatro son las formas más importantes de pena: religiosa, civil, social y doméstica. La primera contiene los dolores de ultratumba, con que se amenaza á los que no guardan la ley de Dios; la segunda tutela el organismo jurídico de la sociedad; la tercera cuida del mantenimiento y el normal desarrollo de los agregados menores que viven en el seno de toda sociedad adelantada; por fin, la cuarta provee á la conservación de la familia y á la realización de sus altos fines. La tercera forma, que se aplica en todas las pequeñas sociedades que aparecen en medio de la gran sociedad, tales como academias, círculos, corporaciones, ligas políticas ó filantrópicas, etc., y que, para decirlo en una palabra, sirve para mantener la disciplina en las mismas, puede en

casos muy raros llegar á ser inmensamente mayor; en tal caso la inflige toda la sociedad, como cuando en los países libres el pueblo, con voto unánime, provoca la caída de los hombres que se han mostrado indignos de su confianza y los condena al ostracismo político. En tales casos, bajo algún respecto, la pena social se aproxima muchísimo á la pena civil; sin embargo, siempre es fácil distinguirlas.

Con relación á estas cuatro formas hay que notar que en el lenguaje común el nombre de *pena* se ha reservado sólo para las dos primeras, la religiosa y la civil, acaso por el carácter de generalidad y de solemnidad que hablan mejor al corazón y á la imaginación y que el sentimiento público ha ido poco á poco uniendo al nombre de pena. Y dejando aparte la religión, campo reservado á las aspiraciones del alma y á sus místicas fantasías, es indudable que los consorcios humanos, en su vida positiva y real, entienden por *pena* más propia y más especialmente aquella que nosotros hemos calificado de *civil*, y á ella se refieren cuando emplean la palabra *pena* sin más aditamentos.

§ 15. Si todo esto es verdad, tenemos una especificación que procede de la siguiente manera:

A todo error en la vida práctica, sigue un estado doloroso que varía en intensidad, según la gravedad del error. En su forma más general,

se nos presenta como mera *reacción física.* Un ejemplo de ello nos lo ofrece la desgracia que á uno le ocurre cuando se aventura á marchar de noche, sin las precauciones debidas, por un camino sembrado de escollos; otro ejemplo tenemos en el hecho de quien, abusando de sus fuerzas, agota su organismo, y, como consecuencia, contrae una enfermedad. Claro está que, según las anteriores explicaciones, semejante estado doloroso no es una pena.

Viene después otra forma menos amplia, la cual, conservando siempre la propia base física, adquiere un nuevo aspecto, á causa de los nuevos elementos que en ella se introducen y que la dan el nombre de *reacción moral.* Comprende esta forma todos los estados dolorosos que afligen á un hombre á causa de sus errores, pero á los cuales no es ajena la obra de otro hombre que contribuye á producirlos en diferente medida. Puede aducirse infinidad de ejemplos: basta recordar la primera hipótesis que hemos hecho á propósito de la punición doméstica, esto es, el caso en que el padre, después de un error cometido con el hijo, adopta una resolución, sin el menor propósito de producirle disgusto, pero, sin embargo, ocasionándoselo. Ya se ha dicho que tampoco esto es una verdadera pena; mas fácil es comprender que ya aquí nos encontramos menos lejos de ella que en el primer caso.

Por último, sigue un tercer estado doloroso

que reproduce los caracteres de la reacción moral, pero que añade uno que en ésta no se encuentra, por lo que es una variedad particular y distinta de la misma. Aquí, al padecimiento del hombre, no sólo concurre la acción de otro hombre, sino que concurre de un modo especial, á saber: queriendo el padecimiento y obrando de manera que este padecimiento se produzca. Antes se buscaba *un hecho,* que podía ó no producir dolor; ahora, lo que se busca es el *dolor mismo:* v. gr., la segunda hipótesis que hemos hecho acerca de la punición doméstica, donde el padre, para apartar al hijo de las malas compañías, le impone un castigo (1). Esta tercera forma merece el nombre de pena, y se llamará, por lo tanto, *reacción penal.*

De esta manera nos aproximamos muchísimo á la institución en busca de la cual andamos, pero todavía no la tocamos. En efecto, la institución que buscamos no es toda la reacción penal, sino sólo una variedad. La reacción penal la realizan diversas entidades; ahora, cuando la entidad que la impone es el Estado, entonces es cuando, como queda dicho, la reacción se llama pena en sentido propio. Aquí, pues, es donde

(1) Empleo la palabra *dolor* en sentido amplio, comprendiendo, tanto el físico como el moral, como lo demuestra el ejemplo que acabo de aducir. Creo, por consiguiente, que no puede tener lugar realmente la objeción que Tarde indica contra mí, en la pág. 450 del vol. v (1890) de los *Archives de l'antropologie crimenelle.*

nuestro examen debe hacer alto. En conclusión: la pena civil, ó sencillamente la pena, tiene dos caracteres específicos que no son susceptibles de ulterior especificación; estos caracteres son: que la persona que reaccione sea el Estado, y que se quiera deliberadamente producir un dolor (1).

§ 16. He aquí que hemos llegado á una noción de la pena que permanece en el relativismo más amplio; es decir, que refiere á una idea típica de la institución penal los múltiples cambios que la misma ha experimentado ó puede todavía experimentar en la historia.

El breve análisis de que nos hemos servido puede parecer superfluo, porque no llega á ninguna conclusión nueva, y pone en claro una cosa que nadie ha pensado poner en duda. A lo cual contesto que nuestra ciencia, como toda

(1) Ferri, que ha introducido en las costumbres científicas un método de propaganda verdaderamente afortunado hasta ahora, pero no por eso intrínsecamente bueno y seguro de que pronto no recaiga sobre él juicio diferente, en su último libro, *Sociología criminal,* parece dominado por una preocupación constante: la de ensalzarse á sí mismo rebajando á los demás, aun á los amigos (en el terreno doctrinal, se entiende). Respecto á éstos, véanse las páginas 226, 230, 232, 250, 425, 434, 435, nota, 532 y 560, nota. Por tanto, no debo maravillarme yo de que asevere (ob. cit., pág. 399) que el presente libro no hace más que desarrollar ideas ya esbozadas por él, ni tengo por qué perder tiempo en refutarlo en tesis general; ya juzgarán los lectores. Tal aserción, que, por lo que á mi persona se refiere, no me interesaría absolutamente nada, la pongo aquí de manifiesto y la volveré á poner más adelante en otro caso particular, á fin de que

otra ciencia, tiene menos necesidad de quien la ofrezca fáciles novedades que de quien la lleve á considerar hasta su propio fondo ciertos hechos ó ciertas ideas que nadie niega, es cierto, pero que pocos explotan intelectualmente, como podría y debería hacerse.

Así, el proceso de especificación que apenas hemos trazado poco ha, acaso dirige el pensamiento por un camino que no es el ordinario, y hasta puede ser que conduzca á resultados importantes, fáciles de obtener, pero que no se han obtenido antes. Procuremos entreverlos, anticipando un poco nuestras indagaciones. Muchos criminalistas han insistido sobre el concepto de que la pena es un *dolor que se quiere imponer al culpable;* alguno ha insistido sobre esto

---

se deshaga la confusión que podría y querría engendrarse entre las ideas del profesor Ferri y las mías.

Dice, en efecto, Ferri (pág. 447), que al distinguir aquí la sanción (ni siquiera empleo esta palabra) *física* de la *moral* y de la *penal,* no hago más que reproducir en parte su distinción, y, por tanto, resulto inexacto. Ahora, yo debo declinar formalmente el honor de haber partido de su concepto, el cual, en mi humilde opinión, es la cosa más huera que se puede imaginar, nuevo obstáculo en el terreno de una teoría positiva de la responsabilidad. Dicho autor pretende buscar un carácter común en los diferentes órdenes de la naturaleza, para construir dicha teoría, siempre obstinado en no apercibirse de que sólo con los caracteres comunes no se construye ninguna teoría científica. Yo estoy muy apartado del problema de la responsabilidad, y, por tanto, no hablo de *sanciones;* proponiéndome estudiar la pena, afirmo que ésta es un mal y procuro fijar los caracteres específicos que distinguen á este mal de otros.

tan claramente, que no es posible tener la menor duda. Rossi escribe: «La peine en soi est un mal qui retombe sur l'auteur d'un délit et en raison du délit. La peine proprement dite est la souffrance que le pouvoir social inflige à l'auteur d'un délit légal (1).» Y Ellero dice: «Lo cual quiere decir que, agrade ó no agrade, una cosa es la penitencia y otra es la pena; y esta es precisamente un dolor, no puede ser más que un dolor» (2). Una consecuencia práctica de esto—se desprende de las últimas palabras—es que la escuela de la *enmienda* no es una escuela penal. Quizá quiso decirlo así el insigne Carrara, en las siguientes líneas: «Yo considero, pues, la reforma del reo una cosa utilísima, que debe procurarse con diligencia, pero completamente fuera del círculo del magisterio penal. El mezclarla en éste (aparte de lo que es un *efecto natural* de la pena) me parece á mí que es una contradicción: *castigar (punire),* quiere decir causar un *mal; enmendar, instruir, educar,* quiere decir proporcionar un bien grandísimo (3).» Pero después hay otra consecuencia

(1) *Traité de droit penal.* Bruselles, 1841, pág. 33.

(2) *Dell'emenda penale,* en los *Opúsculos criminales.* Bolonia, 1881, pág. 133.

(3) *Programa.* Luca, 1877, parte general, vol. II, pág. 104. Desde este punto de vista, no se comprende la pregunta famosa del profesor Roeder: «an poena malum esse debeat»; negando la cualidad, se negaría el sujeto. Dicha pregunta equivale, en sustancia, á esta otra: «si la pena debe ser pena». En cambio, se comprendería (y es el problema más

que hace en alto grado importante la actual divergencia de las escuelas penales. Dados ciertos sistemas, según los cuales es indiferente al poder social que el reo experimente un dolor ó que no lo experimente, siendo la única cosa esencial que se le someta al tratamiento más idoneo para la defensa de la sociedad, en relación con su constitución moral y con su temibilidad, sistemas que podrían decir, con Garofalo: «La pena es para nosotros el *remedio á la falta de adaptación del reo*. Nosotros no buscamos, por tanto, un medio *individualmente doloroso,* sino que sólo ponemos á este remedio la condición de que *no sea deseable* en la opinión pública, para que no sean subvertidos, directa ó indirectamente, los motivos de la conducta. Con esta condición, el mejor remedio es aquel que es *suficiente* para el fin, sin consideración alguna al grado de dolor que pueda sentir el individuo (1)»; dados tales sistemas, aun reservando todo juicio acerca de su bondad, ¿no es lícito

---

grave hoy de la *Crítica penal)* una pregunta como la siguiente: «¿Elabora nuestra civilización algún sustituto de la pena, más en armonía con dicha civilización y más eficaz?»

(1) *Criminología.* Turin, 1885, pág. 254. Más brevemente se halla reproducido este concepto en la pág. 309 de la edición francesa: «Nous ne cherchons pas directement un moyen plus ou moins douloureux; nous ne demandons qu'un peu de cohérence entre le but qu'on a en vue et les moyens pour l'atteindre. Tout se ramène donc à la détermination de la *vraie nécessité sociale.*»

afirmar que se salen de la ciencia penal, que la niegan en su raíz? Si la pena no es esencialmente un medio doloroso, aunque sea la mejor de las instituciones humanas, no es pena.

Y en cierto modo lo comprenden así aquellos escritores, los cuales, deseando una nueva forma de defensa social, buscan también para ella un nombre nuevo. Puglia escribe: «En la futura ciencia criminal, como el concepto de *responsabilidad* será más amplio, la voz *pena* tendrá que ser sustituida por otra que empleen aún algunos criminalistas adversarios de las reformas científicas, esto es, la voz *represión* (1).» Y Ferri dice: «Esta función social defensiva se llama impropiamente derecho *punitivo,* no sólo porque se realiza también, y yo diría sobre todo, con medidas no penales, como veremos dentro de poco, sino especialmente porque la palabra *pena* implica siempre una supervivencia de conceptos medioevales de expiación y de retribución (2). En el primer Congreso de antropología criminal (Roma, 1885), el profesor Benedikt decía: «De la même façon il ne saurait s'agir pour nous de

---

(1) *Renacimiento y porvenir de la ciencia criminal.* Palermo, 1886, pág. 39.—Franck propuso la fórmula «droit de repression et de reparation». *(Philosophie du droit pénal.* Paris, 1880, pág. 93). También Carrara reconoce que el vocablo *represión* ofrece muchas ventajas *(Programa,* § 621, en nota).

(2) *Los Nuevos horizontes del derecho y del procedimiento penal.* Bolonia, 1884, páginas 117-18.

punition. Il s'agira du *traitement d'un individu prouvé dangereux,* et, quant au traitement, on pourrait se baser sur ma classification (1).» Y en esta misma asamblea leía el doctor Magitot, en las conclusiones presentadas en nombre del doctor Dally, estas líneas: «La préservation et l'exemple doivent être les bases uniques de la repression. Les termes *châtiment, pénalité, vindicte publique,* doivent disparaître (2).

(1) *Actes du premier Congrès international d'anthropologie criminelle,* Turin-Roma-Florencia, 1886-87, pág. 324.

(2) Idem, pág. 184.

A propósito de cuanto expongo en el texto, y reanudándolo con lo que he dicho acerca del *respeto de la personalidad en el derecho penal* en mi citado artículo sobre la *tercera escuela,* escribe Ferri, en la pág. 400 de su *Sociología criminal:* «Es una cuestión puramente escolástica la preocupación de la personalidad del derecho penal: llámese derecho penal, ó criminología, ó sociología criminal, la cuestión es estudiar el delito como fenómeno natural y social, é indicar los medios de lucha jurídico-social contra el mismo: lo demás son quisquillas académicas. Pena quería decir hace algunos siglos compensación; en la escuela clásica quiere decir castigo y dolor (y á esto se atiene Carnevale); en la escuela positiva quiere decir defensa represiva y preventiva.»

Ahora bien; para mantenerme alejado, cuanto es posible, de toda academia (¡y las hay de tantas clases!), no haré uso de ningún género de razonamientos, sino tan sólo de un simple hecho, que, como tal, no dejará de tomar en consideración el profesor Ferri.

El hecho es el siguiente: Puglia, que continúa figurando (yo creo que por un sentimiento de solidaridad, generoso, sí, pero excesivo) entre los jefes de la escuela de antropología criminal, al examinar mi precitado artículo, completamente conforme en que es perjudicial el disminuir ó confundir la personalidad del derecho penal, añadía: «Ya en otro sitio hemos demostrado que esta errónea dirección se tomó en los

primeros tiempos, pero que más tarde se reconoció la necesidad racional y práctica de no confundir el derecho penal son la antropología criminal y con la sociología criminal. Por lo cual creemos que NO ESTAMOS YA EN EL CASO de insistir sobre este punto, supuesto que en el día de hoy la mayor parte reconocen la autonomia de la ciencia del derecho penal.» Esto decia el profesor Puglia en Enero de 1893, en las columnas de la *Antologia giuridica.* Pero, á su pesar, ha tenido que rectificarse y ha debido pensar que estamos todavia en el caso de insistir sobre el tema en cuestión, puesto que ha publicado un opúsculo consagrado expresamente á la defensa de la *autonomía de la ciencia del derecho penal.*

En el cual me encuentro desde luego estas dos afirmaciones: primera, que no es infundada la censura de no haberse respetado la personalidad del derecho penal, «porque basta echar una ojeada á las obras de Lombroso, de Ferri y de otros, para ver que, para éstos, el derecho penal no es una ciencia propiamente *jurídica,* no es una ciencia *autónoma,* sino que es una rama de la *antropología* ó una rama de la *sociología*»; segunda, que dicha censura es grave, porque «de reconocer ó negar la *autonomía* de la ciencia del derecho penal, de terminar ó no con exactitud la naturaleza de los limites de la misma, depende el triunfo de la nueva escuela penal».

Ahora enlace el profesor Ferri las dos afirmaciones de su colega Puglia, y verá cómo resulta indefectiblemente de las mismas el siguiente corolario: que si se continúa tomando por quisquillas académicas nuestras distinciones, no es precisamente hacia el triunfo de la escuela hacia donde se encamina el referido profesor.

CAPÍTULO IV

Función de la pena.

§ 17. Como ya queda dicho en la introducción (§ 3), casi todas las obras de derecho criminal comienzan con un capítulo sobre lo que llaman el problema capital de nuestra ciencia, exponiendo una doctrina que algunas llaman del *origen filosófico*, otras, del *principio justificativo*, otras, del *fundamento racional*, y otras sólo del *principio* del derecho punitivo; estas últimas, con mayor eficacia desde el punto de vista común, la llaman también *teoría penal* (1). Entonces observé cuán opuesto sea á un buen método positivo el dar principio al desarrollo de la ciencia con una teoría de este género, é indiqué también sus inconvenientes; pero ahora ha llegado el momento de ocuparse de ella más de cerca.

Por mi parte, le presento dos objeciones: pri-

---

(1) Véase Berner: *Tratado de derecho penal,* trad. ital. de Bertola. Milán, 1887, pág. 5.

mera, que está mal colocada; segunda, que está concebida erróneamente, revistiendo carácter apriorista y negando la autonomía de la ciencia penal.

La primera es cabalmente la misma que expuse en la introducción, y es tan clara, que es inútil el añadir acerca de ella una palabra más. Por lo demás, basta con leer las cuatro denominaciones enunciadas, todas las cuales suelen darse á la teoría de que se trata, para comprender que no es posible comenzar por ella la exposición de nuestra disciplina. ¿Cómo, teniendo tan excesiva y preponderante importancia, colocarla en los primeros pasos del camino, cuando todo aconseja andar cautos, eligiendo los argumentos más fáciles y menos complicados?

Acaso se contestará: En buena lógica, no es posible enseñar la ciencia del derecho penal sin haber demostrado antes la razón de ser de este instituto, pues antes de explorar el terreno, hay que afirmarlo bien, probando su derecho á existir. Esta es la única respuesta imaginable; ahora, cuál sea su valor, lo vamos á ver inmediatamente, al desarrollar la segunda objeción.

El astrónomo, el geólogo, el zoólogo, estudian los astros, la tierra y los animales sin pensar en justificar previamente su existencia, ó, lo que es más propio tratándose de ellos, de buscar su *por qué último*. Existen, se pueden conocer más ó menos, mejor ó peor: he aquí el mejor título

para hacerlos materia de investigación y de examen. El sociólogo no procede de otra manera; antes de estudiar la sociedad tal como es, puede querer indagar cómo se ha formado, pero esto es una cosa muy distinta. Acerquémonos más aún. ¿Ha sentido nunca el escritor de derecho civil la necesidad de comenzar la exposición de éste con una doctrina que afirme su razón de ser, que lo justifique á los ojos de sus lectores? Ciertamente que no. Dicho escritor, lo mismo que el sociólogo, lo mismo que el astrómo, el geólogo, el zoólogo, no siente la necesidad de legitimar la existencia de las cosas que tienen ya una vida cierta y consolidada por el tiempo; y si alguna vez cree útil hacerlo, piensa que la única legitimación posible es estudiarlas completamente, explicar su naturaleza. El que, en referidas ciencias, ama las nebulosas alturas de la metafísica, puede complacerse en andar buscando el *por qué último;* pero de todos modos, tal investigación no será, ni siquiera para él, el comienzo de sus estudios, sino el coronamiento final de los mismos.

Y no vale decir que todo esto está bien con relación á las mencionadas ciencias, pero que no es aplicable á la materia del derecho penal, porque, desde nuestro punto de vista, no hay analogía entre él y el derecho civil. Podría decirse: Una cosa es el magisterio con el cual la sociedad regula las convenciones privadas, y otra

muy distinta aquel con que reacciona contra los delitos; aquí no se declara nulo un pacto, no se cambia una pesesión, no se obliga al resarcimiento de un daño; aquí se hace una cosa muy distinta; aquí se ponen las manos sobre los ciudadanos, arrancándolos de sus familias, se arrojan de la sociedad como animales feroces (1), se les priva por años y años de la natural independencia, del libre movimiento, de la actividad, se les encierra en lóbregas mazmorras de donde no se les sacará sino cuando seàn cadáveres, se les mata, si es preciso; ¡oh! este poder es un poder terrible, y, por tanto, hay que justificarlo. Dejando á un lado el tono sentimental, y mirando las cosas con ánimo severo, advertiremos que la diferencia entre el derecho civil y el penal no es tan grande (2); los veremos separados por una

(1) El profesor Ferri me critica sin leerme. Yo escribo esto en el texto, y él dice que olvido que «la función penal es la única por la que el Estado hace sufrir un *mal directo* al ciudadano...»

Pero entre el mal directo y el indirecto no existe el vacio, sino que se pasa por gradaciones. Nadie mejor que mi censor deberia admitirlo... y recordarlo.

(2) Los dos derechos se suelen distinguir, ó por el aspecto positivo de la ley en la que se concretan, ó por la varia índole de las acciones hacia las cuales miran. Pondré algún ejemplo de la una y de la otra manera.

Carmignani escribe: «Ahora, el derecho civil es el conjunto de todas las leyes que *exponen*, ó *interpretan*, ó *suplen* el derecho de naturaleza, y el derecho penal el conjunto de leyes que *protegen* el derecho de la naturaleza, ya reconocido, interpretado ó suplido por las leyes civiles, bien contra la violencia de los hombres, á la cual no podría oponerse resisten-

línea tan poco robusta, que algunos escritores, de una parte y de otra, la han traspuesto, sin darse de ello cuenta. Lo cual no quiere decir que realmente no exista y que no sea un gravísimo error el dejar de tomarla en la consideración debida. Pero aun cuando la diferencia fuese grande, lo cierto es que nosotros vemos que, durante muchos siglos, los dos derechos, uno junto al otro, son actuados por el Estado; de

---

cia, bien contra su malicia, de la cual es difícil guardarse. (*Elementos de derecho criminal,* trad. ital. Nápoles, 1850, pág. 68.) Aquí tenemos una distinción aceptable, pero que no satisface completamente. Sea como quiera, lo cierto es que la misma no establece una gran separación entre el derecho civil y el penal, porque, aunque en la ley penal sea más manifiesta la naturaleza protectora del derecho, es indudable que también la ley civil rodea de una protección eficaz los derechos que declara y sustituye. Aunque expresado en otros términos, el pensamiento del profesor Brusa es análogo: «El derecho civil y comercial dice á los ciudadanos qué acciones pueden lícitamente realizar; por el contrario, sólo el derecho penal es el que determina las acciones que les están prohibidas; allí, se regula la libertad del hombre en su aspecto positivo; aquí, en su aspecto negativo.» (*Introducción al curso del derecho y procedimiento penal.* Turín, 1880, § 74.) Sin embargo, el autor añade además otros criterios, entre ellos el del *daño político,* y en seguida enumera todas las dificultades que hay para distinguir bien lo ilícito civil de lo ilícito penal, «de manera que no parece fácil determinar *a priori* una teoría ó fórmula general».

Cuanto al carácter específico de la acción criminosa (que da el segundo modo ó criterio para distinguir el derecho penal), he aquí lo que enseña el profesor Carrara: «El acto lesivo del derecho ajeno no puede ser delito, si, además del elemento jurídico (daño inmediato), no sufre el elemento político (daño mediato), que interesa siempre de hecho á toda la asociación, por el mal ejemplo y la alarma que origina el hecho mismo,

donde resulta que, aun cuando se quisiera discutir si éste ejerce legítimamente el magisterio penal (legitimidad que en la práctica no ha impugnado nadie), el sitio propio para tal discusión no es la ciencia nuestra, sino aquella que estudia al Estado en general, en los derechos que le pertenecen y en los deberes que le incumben como persona jurídica.

Ni la oportunidad de tal discusión resulta de

---

y por esto autoriza la represión social.» (*Programa,* parte especial, vol. VI. Prato, 1883, § 3.344.) Es verdad que á las acciones prohibidas por el derecho civil no sigue ordinariamente un daño mediato, mas no puede negarse que muchas de ellas, sea por su gravedad intrinseca, sea por circunstancias particulares que las acompañen, producen una alarma verdadera y propia en el ánimo de los buenos ciudadanos. No quiero decir con esto que el criterio del *daño político* sea despreciable, sino que quizá no es el mejor, ó que por lo menos él solo no basta; en todo caso confirma lo que escribo en el texto, es decir, que el derecho civil se diferencia del derecho penal menos de lo que creen algunos. Wautrain-Cavagnari propone otra distinción: «El delito es verdaderamente una ofensa al orden juridico, porque ofende la idea misma del derecho; al contrario, la violación de la ley civil ofende directamente sólo el interés privado, el derecho concreto, pero se reviste de formas legales, ó sea, supone que la idea del derecho permanece siempre inviolada.» (*El Ideal del derecho*. Génova, 1883, pág. 242, en nota.) A primera vista se advierte que esta distinción no tiene un gran valor. Cierto, el delito tiene un carácter agresivo del derecho en general, que falta muy á menudo, ó que no es muy visible, en las violaciones de la ley civil, pero no es esta una señal tan clara, tan importante, y lo que es más, tan fuera de toda discusión, que pueda tomarse como elemento diferencial. Rossi define el delito de esta manera: «Le pouvoir social ne peut donc regarder comme délit que la violation d'un devoir envers la société ou les individus, exigible en soi et

las cuestiones que recientemente se han agitado acerca de la responsabilidad. No confundamos dos cosas distintas: la teoría que en las antiguas escuelas trató de justificar en abstracto la potestad punitiva que ejerce el Estado, y cuya conveniencia, solamente con este carácter, es lo que nosotros combatimos, y la teoría que en las

---

utile au maintien de l'ordre politique, d'un devoir dont l'accomplissement ne peut être assuré que par la sanction pénale et dont l'infraction peut être appréciée par la justice humaine.» (*Traité de droit pénal.* Bruselas, 1841, pág. 171.) En el pensamiento del autor, la frase «d'un devoir dont l'accomplissement ne peut être assuré que par la sanction pénale» es la que discierne los hechos punibles de las simples violaciones de la ley civil. Lo dice él mismo cuando afirma que con aquella frase se ponen fuera de los códigos punitivos los actos «pour lesquels la justice civil offre una réparation suffisante» (pág. 176). El ilustre magistrado Ellero reproduce casi con las mismas palabras este concepto, en su bella fórmula, que satisface, yo creo, á todas las exigencias. Dice que la ley penal debe contemplar «sólo aquellas acciones que violan ó tienden á violar los derechos ajenos, *cuando éstos no se pueden asegurar de otra manera* y la punición no implique mayor daño que la impunidad». (*Escritos menores*, Bolonia, 1875, pág. 78.) Por consiguiente, tanto en opinión de Rossi, como en la de Ellero, el derecho penal parece distinguirse del civil sólo en cuanto es un medio diferente para conseguir el mismo fin. Lo mismo el uno que el otro aseguran el orden juridico; la nota que los distingue es la diferente eficacia que pueden emplear para esta garantia, llegando el primero (el penal) á donde no llega el segundo (el civil). De donde resultan dos corolarios: primero, que el estudio específico de la pena resuelve la cuestión de que se trata; segundo, que los dos derechos no están muy lejanos, ni difieren gran cosa entre sí.

Con lo que antecede me he propuesto ilustrar esta última idea, sin pretender siquiera desflorar la grave cuestión.

mismas escuelas se profesó acerca del *cuándo* y del *hasta dónde* debiera ejercitarse en concreto aquella potestad. Esta segunda teoría ha adquirido, ciertamente, una especial importancia en los presentes momentos por la aplicación del principio de causalidad.

Resulta, pues, que no hay ninguna necesidad de legitimar previamente la institución punitiva, y el penólogo que lo hace así obedece á una exigencia imaginaria, existente en su fantasía y no en el mundo de la realidad. Así que la doctrina que expone viene á fundarse sobre un concepto erróneo.

¿Cuál es la consecuencia de esto?

Suponiendo que antes de desarrollar la ciencia del derecho penal deba formularse una teoría que lo justifique, esta teoría viene á formar un *quid* distinto de la ciencia misma, colocado en el umbral de ésta, y si no ha de ser puramente dogmática, tiene necesidad de apoyarse en datos tomados á otras disciplinas. Y en efecto, como ya indiqué en la introducción (§ 3), la que llaman teoría del *origen filosófico de la pena* tiene, en conjunto, carácter deductivo, se muestra como filiación de principios sentados en otras partes: en las creencias religiosas, en el sistema filosófico, en la escuela política del autor. Poco mal podría resultar si dicha teoría estuviera destinada á ser no más que campo para vanas justas dialécticas ó para inocentes

ejercicios especulativos. Pero los expositores declaran, por el contrario (y si no lo dicen todos, lo piensan), que dicha teoría es el foco de todo el sistema, el centro de donde parten, como otros tantos radios, las doctrinas secundarias. Así, pues, mientras que, considerada aisladadamente, surge como concepción arbitraria y apriorista, considerada como zona intermedia entre las teorías para las que es fuente y aquellas otras de que á su vez procede, viene á tomar de fuera la idea vivificadora y reguladora de toda la ciencia penal, negando á ésta, formalmente al menos, la autonomía y reduciéndola á un gran apéndice de otro orden de conocimientos y de estudios.

Digo *formalmente*, porque es preciso examinar también el reverso de la medalla. En los estudios ocurre á menudo un hecho que desearía fuera bien advertido por los positivistas, y es que la realidad se impone aun á aquellos que voluntariamente se habían colocado en una situación desde la cual era difícil percibirla; por lo que no es raro que una teoría que, á juzgar por su punto de partida, parecía que debía consistir en una no interrumpida cadena de apriorismos, llega á penetrar en un terreno más adecuado y más firme, en el que recoge no pocas verdades positivas. Esta observación nos hace ser mucho menos desdeñosos para con el pasado y mucho más equitativos. Así, la idea de encon-

trar un fundamento filosófico de la pena que legitime el ministerio de ésta, no proviene de una necesidad lógica, y tiende á satisfacer una necesidad que en realidad no existe: deduciendo de otros estudios la teoría cardinal de la ciencia del derecho punitivo, se proclama *en principio* la sujeción de la misma á aquellos estudios: pero como luego se recorre el camino que se debe recorrer, apartándose del punto de partida, dicha teoría viene á parar á algo útil y práctico, y no perjudica á la autonomía de la ciencia del derecho penal tanto como parece que debía suceder. Ocurre esto, porque si la pregunta ¿qué es lo que legitima la pena? es arbitraria é injustificada, y si su conversión en esta otra: ¿cuál es el fin último de la pena? no se compadece bien con nuestra conciencia positiva y traspasa los límites de los problemas humanos, esta otra pregunta: ¿cuál es el *por qué relativo* ó el oficio de la pena? es conforme al espíritu de una justa crítica y pone una cuestión esencial á la ciencia; por lo cual los escritores que habían partido de la primera pregunta y creían tenerla constantemente ante la vista, fueron poco á poco separándose de ella y acercándose á la última, empujados por la fuerza de la realidad á que poco ha me he referido, no sin verificar, sin embargo, frecuentes retrocesos, demasiado claros y perjudiciales. En una palabra, yo creo que en la teoría de que nos ocupamos hay que

distinguir el *principio* del *proceso;* condenar el uno, no por simple vaguedad de crítica, ó solamente porque sea erróneo, sino por el influjo que ejerce sobre el otro, y separar en éste la parte que sufre tal influjo de la que no lo sufre.

§ 18. Si esto es cierto, nuestro camino está claramente trazado. Abandonaremos la idea de justificar una cosa que no tiene necesidad de ser justificada; renunciaremos al placer de fundar una teoría suprema á las que las demás se refieran, como otros tantos arroyos á su fuente (1); nos mantendremos alejados de toda preocupación filosófica, política, religiosa ó moral; descenderemos de las alturas y nos colocaremos sobre un terreno más modesto, en el que nuestra única misión será la de indagar cuál es hoy la función de la pena. Digo *hoy,* porque concebida en otros términos la cuestión, no tendría sentido. Si es cierto que la pena es una institución variable en el tiempo (§ 11), su función como entidad abstracta no existe, sino que en cada época es determinada por distintos factores his-

(1) Yo mismo he comenzado mi carrera de escritor con un estudio acerca del *fundamento racional de la pena.* Pero quien prescinda de esta frase, que ahora ya no creo oportuno mantener, y examine atentamente las ideas allí expuestas, advertirá que estas ideas hacen alguna indicación del camino á que después me he acercado en mi trabajo sobre la *cuestión de la pena de muerte,* y en el cual he entrado con ánimo resuelto y con verdadero convencimiento desde la primera edición de este libro.

tóricos; y así, mientras que la *noción de la pena* es la fórmula que abarca y comprende todas las posibles variaciones de la misma (§§ 13 y 16), la *función de la pena* es la fórmula que nos representa su particular variación en el tiempo en que la estudiamos. Para la indagación de esta función comenzaremos por hacer un análisis crítico de las doctrinas del *fundamento* ó *fin* de la pena, que todavía subsisten en pie y tienen cierta importancia, considerándolas, no obstante, en virtud de lo que hemos notado, en el *proceso* y no en el *principio*, y poniéndonos bien en guardia contra la influencia que éste ejerce sobre aquél.

La pena en concreto no es una institución aparte, enteramente aislada de las demás instituciones jurídicas, ni tampoco una unidad cualquiera, confundida y absorbida por éstas, sino que se muestra y obra como una cosa bien distinta, que tiene valor propio, dentro de un todo organizado. Por consiguiente, para determinar cuál es su función, hay que conocer para qué sirve el género á que pertenece, y de qué manera concurre ella, específicamente, diferenciándose de las instituciones congéneres, al fin común; en otros términos, hay que conocer la función *genérica* y la *específica*, ambas las cuales deben después unirse é integrarse, para saber cuál es la función concreta de la pena. De estas dos funciones ya nos es conocida la prime-

ra, que es la *defensa social* (§ 9); investiguemos, por consiguiente, la segunda, para llegar á la indicada integración.

§ 19. Una primer doctrina sobre que se fija nuestra mirada es la de la *enmienda,* la cual, como es sabido, asigna á la pena como fin esencial la reforma moral del culpable.

Dicha doctrina ha sido combatida con varios argumentos, el más importante de los cuales es éste. En nuestros tiempos, los filósofos juristas están de acuerdo en reconocer que es preciso distinguir y separar bien el derecho de la moral, y que al Estado, por su propía índole, solamente le corresponde la actuación del primero. Algunos estimarán, y yo estoy entre ellos, que la ley moral debe influir en el derecho en medida bastante mayor de lo que se cree; que el Estado tiene un carácter ético, que merece muy atenta consideración en los estudios jurídicos. Mas con esto nadie pretende negar que el fin particular del Estado sea el desenvolvimiento del derecho. Ahora, si impone la pena proponiéndose por principal misión la redención moral del delincuente, ya no es el derecho su fin característico, sino el orden moral.

A mí me parece que la razón decisiva contra la doctrina de la *enmienda* debe ser recabada de la misma noción de la pena. Siendo ésta, como ya he indicado (§ 16), principal y esencialmente un dolor, un mal del reo, la escuela que le atri-

buye por fin la corrección del mismo, entendiéndola, por consiguiente, en último análisis como un bien suyo, la desnaturaliza, anda en busca de otra forma de defensa social que no es la pena, aun cuando cree que está tratando de la pena, y por tanto, en rigor de términos, no es una escuela penal.

§ 20. Otra doctrina, célebre por los hombres que la han enseñado y por la influencia que ha tenido y tiene, es la de la *tutela jurídica*. En esta fórmula comprendo, no sólo el sistema que se llamó propiamente de la *tutela jurídica*, sino también aquellos otros que, aun cuando con diferente apariencia, fundan la pena sobre la idea cardinal de la protección del derecho. Para que no parezca demasiado atrevida esta asimilación, invoco la grande y siempre venerada autoridad de Carrara: «No hay en Italia—dice—ni una escuela toscana, ni una escuela napolitana, ó lombarda, ó véneta. Hay una escuela italiana, y con esto basta. Y esta escuela está toda ella concorde en ceñirse en torno á la idea fundamental de que la suprema razón de castigar está en la necesidad de la tutela jurídica, es decir, en la necesidad de que el derecho sea soberano en la humanidad; que esta soberanía se mantenga incólume contra cualquier ataque, y que, por consecuencia, el objetivo primario del orden social, el único esencial á este orden, es el mantenimiento de la soberanía del derecho, del cual

no son las potestades humanas más que instrumentos pasivos, en cuanto se emplean para su protección. Exprésese esta idea con la fórmula de que el delito es la negación del derecho, y la pena su reafirmación; exprésese con la fórmula de la protección que el orden social da á la ley jurídica; exprésese con la fórmula más gráfica de la tutela jurídica, la cosa siempre resulta ser la misma. El concepto no es más que uno: el derecho es el soberano del mundo moral; toda otra institución es su instrumento (1).»

Ahora, la tutela del derecho presenta dos aspectos: por el uno, es tutela de las varias leyes que, en cada tiempo y para cada particular pueblo, sirven de encarnación práctica á la ley jurídica; por otro, es tutela de ésta, considerada como un todo unitario é ideal. Si se tiene en cuenta el primero, cuando se dice que el fin de la pena es la protección del derecho, se viene á decir que el Código penal es tan sólo un Código de sanciones, y, por tanto, parte complementaria de todas las otras leyes, las cuales, consideradas en conjunto, forman solamente un Código de prohibiciones. Esto, no solamente borra los límites ya reconocidos entre las varias ramas del derecho y anula toda idea específica de delito, porque cualquier violación de una ley posi-

(1) *Programa,* introducción á la sección II de la parte general, páginas 8-9.

tiva vendría á ser objeto de pena, sino que encuentra un obstáculo en la realidad de las cosas. En efecto, nosotros vemos que el Código penal es tanto un cuerpo de prohibiciones cuanto de sanciones, amenazando con sus rigores, no tan sólo á aquellos que violan preceptos puestos en otras leyes, sino á aquellos que violan preceptos contenidos en el mismo; y vemos por otra parte, cómo los demás códigos, aun sirviéndose del auxilio indirecto y del prestigio de la ley penal (en virtud del vínculo de solidaridad que existe entre las varias ramas del mismo árbol), y muchas veces acompañando sus prohibiciones de penalidades, se realizan y tienen efectuación práctico sin que sea necesario hacer uso de la pena. Si, por el contrario, se atribuye á la institución penal una función protectora, no de las varias leyes de derecho en concreto, sino de la ley jurídica considerada como una entidad ideal y abstracta, en tal caso puede admitirse que tenga esta función, pero no es exclusiva suya: en sustancia, entonces se concibe el derecho como un conjunto de normas superiores que idealmente gobiernan á la humanidad, y se conciben las varias instituciones de derecho como instrumentos prácticos que tienden á cambiar el gobierno ideal en gobierno real; en este sentido, se dice que protegen el derecho, y la fórmula *tutela jurídica* no es exclusiva de la institución penal. Dicha fórmula puede darnos, pues, la función ge-

nérica (ó *razón*, ó *fin*, ó como se quiera llamar), pero no la función específica (1).

No digo nada nuevo. El primero que lo admitió fué el mismo Carrara, el cual escribe lo siguiente en el *Programa* (2): «Roeder observa acertadamente que la fórmula *tutela jurídica* no es exclusivamente justificadora del derecho penal, en cuanto da igualmente razón á la autoridad social del ejercicio del *magisterio civil*, y podía decir también, dentro de ciertos límites, del *magisterio de prevención*. Perfectísimamente; pero justamente lo que al docto alemán le ofrece ocasión de censura contra nuestra fórmula es lo que constituye su mayor elogio, en cuanto muestra que la misma responde á las necesidades de la vida política desde todos sus puntos de vista. Con la fórmula *tutela jurídica* nosotros no pretendemos nunca dar razón tan sólo del derecho de castigar en la autoridad social.»

Sólo que las cosas no marchan aquí tan desembarazadamente como le parece al insigne

(1) En esta segunda edición mantengo con mayor fuerza mi censura dirigida á la fórmula *tutela jurídica* de ser deficiente por ser genérica, y sigo firme en la idea de que hay que determinar la *función específica* de la pena, después de haber visto profesar las mismas ideas en una universidad italiana á uno de nuestros grandes criminalistas, ciertamente no muy amante de fáciles novedades, si bien de espíritu perspicaz é independiente. Véase Impallomeni: *El Principio específico de la penalidad*, en la *Rivista penale*, vol. XXXIII, página 221 y siguientes.

(2) Parte general, vol. II. Luca, 1877, pág. 22.

maestro. Yo comprendo que, partiendo de la idea de establecer una doctrina fundamental y justificadora del derecho de castigar, se crea ser suficiente la fórmula genérica; pero, si aun no rechazando aquella idea, se piensa en las necesidades reales de la ciencia, se ve que dicha fórmula no significa nada, separada de la fórmula específica. Porque, sea cual sea el lenguaje que se prefiera, el problema de la ciencia es siempre en el fondo éste: ¿para qué sirve la institución penal?; y es una verdad axiomática que la respuesta puede ser análoga, no idéntica, á la que se daría para otra cualquier rama del derecho, pues de otra manera la especificación entre las diferentes ramas del derecho no tendría razón de ser y aquellas se confundirían en un todo indistinto é informe. Es decir, que la respuesta debe tomar en consideración los caracteres comunes y los caracteres diferenciales de la pena. Por tanto, quien se detiene en la fórmula genérica no comprende más que la mitad de la verdad y nada dice acerca de la materia particular de sus estudios (1).

---

(1) Tocante á este limitado punto de vista, la escuela clásica caía en el vicio de indistinción, que ha sido luego el mal más constante y más agudo de su adversaria, esto es, de la escuela de Lombroso. Si el movimiento á que nosotros nos dedicamos modestamente fuese un simple eclecticismo, como alguno ha dicho, las imitaría, y de la peor manera; pero como no lo es, las critica á entrambas y aspira á algo mejor.

§ 21. La tercera doctrina que debemos aquí considerar es la de la *defensa social.* Por nuestra parte, después de haber demostrado que la defensa de la sociedad es la función genérica de la pena (§ 9), no tenemos más que repetir tocante á la misma lo que acabamos de decir con respecto á la *tutela jurídica,* á saber: que en cuanto se detiene en la fórmula genérica, es viciosa y cierra el paso á la verdadera solución del problema. Sus críticos, sin embargo, le oponen estas objeciones:

a) La sociedad no tiene necesidad de defensa.

b) Las leyes penales no van encaminadas á la defensa de la sociedad.

c) La voz «defensa» es poco apropiada; mejor es decir «conservación».

d) «Defensa social» es una fórmula utilitaria y tiránica.

Examinemos una por una estas objeciones.

El profesor Lucchini escribe: «Yo pregunto: ¿es verdaderamente seria esa solicitud que tanto se ostenta por defender la sociedad? ¿Tiene necesidad la sociedad, para conservarse, consolidarse y progresar, de que nosotros apuntalemos el edificio de la misma con los instrumentos, más ó menos metafísica ó antropológicamente engalanados, más ó menos idóneos, de la represión?» A semejante pregunta le da una respuesta negativa, fundada sobre consideraciones que se

encierran todas en esta idea: que el progreso de la sociedad, que se ha realizado superando toda clase de obstáculos, prueba la gran fuerza vital de la misma, y por tanto, no tiene necesidad alguna de defensa. Después de ilustrar su concepto con una rapídisima ojeada histórica, donde se ve que «la ferocidad, la ignorancia, el delito, han realizado horribles matanzas; pero las víctimas de ellas fueron los hombres, los individuos, nunca la sociedad», concluye: «¿A qué, pues, afanarse por organizar una defensa para la sociedad, que no tiene necesidad de ningún auxilio artificial, sino que posee en sí misma la fuerza necesaria para su propia conservación y su propio desarrollo (1)?»

En mi humilde opinión, el vicio de este razonamiento reside en lo siguiente:

El camino recorrido por la sociedad muestra, efectivamente, una gran fuerza vital, si bien no en tan alto grado, que pueda decirse que sea un ente «eterno é intangible», no de tal manera, que pueda creerse en aquel indefinido progreso que muchos aceptan como un dogma seguro. Pero una vez reconocida esta vitalidad, consideremos el cuerpo social tal como es, en los pueblos y en las instituciones que encierra, en todos aquellos elementos y fuerzas de cuyo con-

(1) *Los Semplicistas*, etc. Turín, 1886, páginas 9-10.

junto armónico es un resultado. Ora se observe en el momento presente ó en la línea evolutiva á través de la cual ha llegado hasta aquí, no es posible prescindir de una sola de sus actuales instituciones ó de aquellas que lo han acompañado en su fatigoso viaje. Si formamos de él una abstracción mental, entonces no es el cuerpo social lo que se considera, sino otra cosa, creación de nuestro espíritu. Esto es lo que me parece que hace el ilustre profesor. Es verdad que la sociedad ha procedido en su marcha secular á través de desgracias, de matanzas, de catástrofes. Pero ¿qué sociedad? Aquella en medio de la cual, junto al derecho punitivo, viven otras cien instituciones que auxilian las actividades de los particulares en su desarrollo, las moderan en su ejercicio, las garantizan contra toda ofensa interna y externa, las encaminan á fines útiles y justos, que son, para decirlo con una sola palabra, la argamasa del edificio social. Con ellas y por ellas se conserva y progresa la sosociedad, gracias al «auxilio artificial», como lo llama el profesor Lucchini, que las mismas prestan. La verdad es, por tanto, que la sociedad no necesita defensa, porque está ya bastante defendida.

Pasemos á la segunda objeción, que es la más importante de todas.

M. Angel Vaccaro ha sostenido que el fin de las leyes penales no es la defensa de la socie-

dad (1). El autor apoya esta proposición sobre un gran número de hechos correspondientes á todos los tiempos, desde las épocas salvajes ó bárbaras, hasta nuestros días. Así, al paso que en los pueblos antiguos, ó en los modernos que viven en condiciones análogas á las en que vivían éstos, vemos desfilar ante nuestra vista costumbres y leyes, impuestas por los jefes, no en interés de la horda, de la tribu, de la monarquía que mandan y gobiernan, sino para satisfacer su codicia, el deseo de venganza, los temores supersticiosos, los caprichos, en las naciones civilizadas vemos clases directoras y clases dirigidas, las primeras de las cuales fundan las instituciones políticas y se sirven y aprovechan de ellas, y las otras soportan casi de una manera exclusiva el peso de tales instituciones; y si hoy el antagonismo entre la utilidad de uno ó de pocos y la utilidad de los más no es tan acentuado como en otros tiempos, siempre es bastante sensible para no permitir decir que la defensa de la sociedad sea la función de la pena.

Con respecto á esta doctrina, repito la distinción que he hecho ya otra vez, al hablar de ella en unas notas bibliográficas (2). Hay en

(1) Véase *Génesis y función de las leyes penales.* Turin, 1889.

(2) Véase la *Rassegna critica* (nueva serie), fasc. de Enero, 1888.

dicha doctrina una conclusión particular, que se opone á la fórmula de la *defensa social,* pero que no llega á destruirla; de esta conclusión trasciende un fin general, á que no se puede prestar adhesión con tranquila conciencia.

En los §§ 9 y 10 he explicado en qué sentido se puede dar á las sociedades humanas el atributo de *organismo,* esto es, en el sentido de ser una organización que se está formando y que comprende ahora más bien el aspecto político que el aspecto estrictamente social. De lo cual deduje que *defensa de la sociedad* no quiere decir defensa de cada particular miembro de la misma, sino de toda la sociedad en cuanto es un cuerpo político constituido en unidad por sus leyes, por sus instituciones, por sus costumbres, por su conciencia moral y jurídica, por su gobierno. Y confirmé esta interpretación mostrando cómo no siempre coinciden la utilidad que representa la pena y la utilidad de todo coasociado (aun entre los ciudadanos honrados). No se trata, pues, á mi juicio, de impugnar la fórmula de la *defensa social,* sino de entenderla como se debe, en sentido sociológico, no biológico.

No se me oculta por esto, que, para entenderlo como se debe, y aun para penetrar mejor en la función normal de la justicia práctica, es útil el estudio del modo cómo se aplica en concreto el magisterio penal, por la fuerza misma

de los hechos y de condiciones externas inevitables, con relación á las varias clases sociales; estudio hecho, no para servir á ningún prejuicio político, sino para servir á un triunfo más real y completo del derecho.

Quizá es análogo al mío el pensamiento del ilustre Vaccaro. De todas maneras, su demostración no es más que un episodio particular de otra demostración más ámplia, la cual tiende á afirmar que entre la sociología y la biología hay que hacer, según ya he dicho en otra ocasión, una rectificación de confines, y á persuadir á la escuela lombrosiana de derecho penal de que no hay que exagerar las analogías entre los dos campos, y que hay que servirse del primero con la misma paciencia y con la misma confianza con que hasta ahora se ha hecho uso del segundo (1). Para quien haya seguido con nosotros hasta aquí, y para quien conozca los demás trabajos míos, es fácil comprender que yo no puedo ser adversario ni tibio sostenedor de esta tesis de Vaccaro (2).

---

(1) Es oportuno recordar aqui la observación de Tarde: «Cette école s'est grisée mentalement du vin des sciences naturelles; il lui reste à manger le pain sec, mais substantiel, des sciences historiques et sociales (et non pas seulement juridiques) si elle veut éviter les excès de ce qu'on pourrait appeller l'alcoholisme philosophique.» (Véase: *Les Actes du Congrès de Rome,* en los *Archives de l'Anthropologie criminelle,* fasc. de 15 de Enero 1888, pág. 75.)

(2) Véase mis opúsculos: *Una doctrina sociológica del*

La tercera objeción es la siguiente: «En segundo lugar, el atribuir el concepto de defensa al movimiento universal de reacción de los seres vivientes contra todo lo que puede comprometer su existencia ó su mejor subsistencia es arbitrario y prepóstero. En sentido lato, puede llamarse defensa el *modo* exterior y objetivo con que se ejercita aquella reacción; pero la *razón* íntima, esencial, subjetiva de tal movimiento revulsivo es el sentimiento ó instinto de conservación. «Todo ser viviente lucha por la propia existencia.» Precisamente; la lucha es el medio, la defensa, una de las formas que adquiere esta lucha. Pero, *¿por qué* todo ser lucha, reacciona, se defiende? No puede darse más que una contestación : lucha, reacciona, se defiende, para *conservar* la propia existencia, la propia integridad, lo que le pertenece, la propia individualidad, y precisamente este sentimiento ó instinto de conservación que se halla arraigado en todo ser, desde el protista á la simia, desde el gusano al hombre, es lo que estimula y determina la lucha, bajo cualquier forma, incluso bajo la forma de reacción y defensa. Por tanto, aun procediendo por analogía, no es la defensa lo que puede explicar la esencia de la reacción del individuo ó

---

delito. Trani, 1891.—*Una tercera escuela de derecho penal*. Roma, 1891.—*La Nueva tendencia de las disciplinas criminales*. Catania, 1892.—*Desilusiones y esperanzas en la ciencia criminal*. Palermo, 1892.

de la sociedad contra la agresión individual ó colectiva, interna ó externa, sino el principio de conservación (1).»

A esta crítica he contestado ya por anticipado, cuando he dicho (§ 6) que la fórmula *conservación social* se puede cambiar en la de *defensa social*, porque si un ser *se conserva* con respecto á sí mismo, con relación á los agentes que dañan su propia conservación, *se defiende*. Yo no niego que deba distinguirse entre conservación y defensa; lo que digo es que la distinción, con respecto al presente problema, es más formal que sustancial, y no tiene eficacia alguna contra la doctrina de que nos ocupamos. El derecho de defensa no es otra cosa que el mismo derecho de conservación considerado desde otro punto de vista: cuando se observa bajo el aspecto potencial, se dice *conservación;* cuando se observa bajo el actual, esto es, obrando y dispuesto á rechazar las fuerzas adversas, se llama *defensa*. Y tratándose del derecho punitivo, es ciertamente más propio considerarlo bajo este último aspecto. He aquí ahora un pasaje de Romagnosi, que parece escrito hoy, como respuesta á la indicada objeción: «De lo dicho hasta aquí

(1) Lucchini: *Los Semplicistas*. Turín, 1886, pág. 6.

F. Helie había hecho ya una observación análoga, á la cual Franck dió una respuesta análoga á la que nosotros damos en el texto. (Véase *Philosophie du droit pénal*. París, 1880, pág. 86.)

resulta, por tanto, primero: que el derecho de *defensa* no es otra cosa que una transformación, por así decirlo, del derecho de *conservación* de la vida y del bienestar, ocasionado por un *hecho* nocivo, ó, para hablar con más exactitud, no es otra cosa sino una consecuencia natural y un *producto* inmediato del mismo derecho de conservación, el cual, por encaminarse á alejar una ofensa, recibe el nombre de derecho de defensa (1).»

§ 22. Examinemos aparte la última objeción, porque este examen aproxima los dos parágrafos precedentes, dando lugar á una comparación entre las dos fórmulas *tutela jurídica* y *defensa social.*

Bien sabido es que la censura más antigua y la que con mayor insistencia se hace contra la doctrina de la *defensa social,* es que ésta, obedeciendo á las inciertas razones de la utilidad, se convierte en instrumento de despotismo y de tiranía; en una palabra, que esta doctrina es, en sus principios y sus consecuencias, una doctrina iliberal (2).

Un primer medio para librarla de semejante acusación nos lo ofrecen algunas observaciones

(1) *Génesis del derecho penal*, 1843, pág. 14, § 49.

(2) Muchos son los autores que han echado en cara esta censura á la doctrina de que se trata, entre otros, Carrara, el cual la sostuvo vivamente, y Lucchini, que la ha renovado en *Los Semplicistas*, pág. 11.

de método ya expuestas (§§ 3 y 17) y que ahora se trata de aplicar á este caso concreto.

Desde la *Introducción* me pareció oportuno indicar como un peligro para el buen método positivo la prevención liberista, que nace del deseo de rodear de las mayores garantías los principios de libertad, tan queridos á los pueblos civilizados, y que es común á la mayor parte de los modernos escritores de derecho penal. Nótese bien. Yo no digo que el autor de derecho penal deba prescindir de la vida de su pueblo de tal manera, que los afectos, las esperanzas y los temores de éste no lo conmuevan como á los demás ciudadanos; el ser hombre de ciencia no quita para que sienta amor á la santa libertad que su pueblo ha conquistado, ó cuya conquista anhela con todas las fuerzas de su alma. Es más: yo comprendo que, tratándose de una institución como la pena, la cual puede inferir grave ofensa á la libertad, las opiniones políticas del autor se transparenten más á menudo de lo que deberían permitir las severas indagaciones del hombre de ciencia. Lo que no comprendo ni puedo admitir es que dichas opiniones le tomen la delantera, le perturben la tranquilidad del espíritu y traten de adquirir predominio en la resolución de las cuestiones, cuando éstas deben resolverse con independencia de aquellas opiniones. Tanto mejor si la solución no las contradice, pero la intención del autor no

debe ser nunca buscar esta conformidad. La pena y el delito son fenómenos sociales que hay que estudiar tal y como son en sí y no tal y como los desearían nuestras ideas filosóficas, políticas ó económicas; de otra suerte, aquel estudio no viene á ser otra cosa sino un gran capítulo de filosofía general, de derecho político ó de economía política. La penología es una rama del gran árbol de la ciencia, que debe pedir auxilio á las otras ramas, lo mismo que éstas deben solicitar el suyo: mayor independencia no la hay ni puede admitirse.

La preocupación liberista es, por tanto, un vicio que se introduce en el sistema erróneo de ideas, con arreglo al cual se concibe la teoría del *origen filosófico de la pena*, teoría que, según queda dicho, perjudica *en principio* á la autonomía de la ciencia penal. Ahora, la objeción que venimos examinando muestra de una manera práctica que no ha estado fuera de lugar lo que hemos expuesto (§ 17), en cuanto que aquí tenemos un caso en el cual el error de *principio* se deja sentir también en el *proceso*, donde se tocan con la mano las consecuencias de un punto de vista equivocado. Fuera de su órbita no podría presentarse aquella censura. ¿Qué es lo que se busca? La *función* de la pena. Si no agrada la palabra «función», dígase «fin», y si no agrada la palabra «fin», hágase uso de otra; pero cualquiera que sea la expre-

sión que se emplee, lo que verdaderamente interesa es conocer el valor de la pena. Hay, por consiguiente, que obtener el conocimiento de este valor. Nos agradaría que este conocimiento satisficiese á las doctrinas religiosas, filosóficas, políticas, por que el autor tenga preferencia. Pero ¿y si no sucediese así? Si, después de un examen maduro y paciente, nos encontrásemos con que teníamos que enunciar una función de la pena para la cual no es necesaria la idea de un Dios creador, ó que no parece estar muy de acuerdo con la teoría de la evolución cósmica, ó que contradice á las ideas liberales, ¿hemos de dejar de decir que dicha función es la que resulta del examen hecho? En tal caso, lo que nos apremia no es conocer el valor de la pena, sino el encontrar algo que nos engañe á nosotros y engañe á los demás, y que esté en armonía con nuestros particulares sentimientos y con los sentimientos de los otros. Aquel que estudia los fenómenos de la naturaleza, físicos, biológicos ó sociales, no siempre se tropieza con verdades consoladoras; ¿ha de decir por esto que no son verdaderas? Comprendo que si en la pena se dan caracteres que repugnen á la conciencia moral de un pueblo, ó si su función no se halla ya de acuerdo con el credo político de éste, se lamente tal disconformidad y se pida que esta disconformidad sea deshecha; pero, precisamente por eso, es antes necesario conocer el estado real.

En conclusión, pues, al que determina la función de la pena no se le pueden hacer más que dos objeciones, á saber: que la verdadera función no es la que se dice, ó que siendo la que se dice, está mal expresada. Toda otra indagación que vaya separada de estas dos objeciones (como si la función de la pena se halla de acuerdo con determinados principios de religión, de filosofía, de política, etc.), no sirve para nada y está fuera de lugar; enlazada con aquéllas se puede admitir, siempre que se la mantenga encerrada en límites modestos, esto es, siempre que se le atribuya un valor subsidiario moderado.

Aparte esta observación, que puede ser considerada como *prejudicial* contra la crítica de que nos ocupamos, dicha crítica puede también ser refutada de otra manera, directamente.

¿Por qué se dice que la doctrina de la *defensa social* se convierte en instrumento de tiranía? Porque es utilitaria. Pero ¿de qué manera se establece un nexo entre estos dos hechos? Porque los censores entienden el utilitarismo social, y, por tanto, el jurídico, bajo el mismo respecto y sentido como entienden el utilitarismo individual. Ahora, puede decirse *a priori* que esto es equivocado, por cuanto no pueden ser idénticas dos fórmulas ó dos ideas, uno de cuyos términos ha variado tan inmensamente y dista tanto del término correspondiente como dista la sociedad

del individuo (§ 10.) Y también se muestra errado *a posteriori*, si por un momento nos libramos de las cadenas del prejuicio. Con la doctrina de la *defensa social* no se dice otra cosa más que la función del derecho, la función genérica de la pena es la tutela de la sociedad; el derecho es el órgano, la tutela social es la función. Miremos, pues, al órgano y veamos si es posible que nos dé una función llena de incertidumbres y de arbitrariedades, como se teme. No, contestan las viejas escuelas, el derecho no admite incertidumbres, le repugnan las arbitrariedades, por su carácter absoluto, inmanente en la humanidad, porque deriva de una ley superior y eterna; por tanto, vuestra fórmula de *defensa social* no le conviene. No, decimos también nosotros, aunque menos resueltamente, por virtud del carácter de soberanía (aún no completa) que el derecho *ha venido adquiriendo* por simple formación histórica, no ya por derivación de ninguna ley superior (§ 7); y la fórmula *defensa social* le conviene si, como debe hacerse, se entiende con relación á este su carácter. En efecto, al decir *defensa de la sociedad,* no decimos defensa realizada por Ticio ó por Cayo, ni siquiera defensa realizada por un ser cuyo nombre se oculta, sino que decimos defensa *realizada por el derecho*, y esta defensa no puede ser de otra manera que como la naturaleza del derecho la quiere y la consiente. Por

tanto, el utilitarismo jurídico no es el utilitarismo individual, y todo temor tocante al particular debe considerarse infundado.

Además (y he aquí el tercer camino, indirecto, por el cual se rechaza la acusación que viene ocupándonos), ¿con cuál fórmula sustituirán la de la *defensa social* aquellos que tienen el referido temor? Con la fórmula *tutela jurídica*. Pues bien; yo creo que entre ambas hay muy poca diferencia, y más bien por parte de la expresión que por parte del contenido (1).

Poco antes (§ 20) he mostrado cómo el único sentido que puede darse á la fórmula *tutela jurídica* es el de una protección del derecho en general; de esta manera, la pena, lo mismo que todas las demás instituciones jurídicas, al actuarse, defendería el reinado unitario del derecho. Pero tal defensa, ¿es fin de sí misma, ó es más bien miedo, á su vez, para un fin más concreto y que puede apreciarse mejor? Algunos filósofos juristas no aceptarán siquiera la posición de la cuestión, que para ellos es casi un sacrilegio; pero la mayor parte, aun aquellos que reivindican para el derecho su verdadera importancia frente á los modernos estudios sociológicos, aun aquellos que le dan un origen presocial (y propiamente quien, espíritu sagaz y positivo,

(1) Justo es decir que esta opinión la manifestó ya la escuela de antropología criminal por boca de Ferri. (Véase *Los Nuevos horizontes*. Bolonia, 1884, páginas 96-98.)

estudia la realidad de la vida, no obstante los prejuicios religiosos y morales), admitirán que la tutela del derecho se aprecia por la tutela de la sociedad á la cual sirve, ó que, más exactamente, va implícita en ella. Y en efecto, dada una institución social, no es posible que quien deja á un lado las explicaciones ascéticas, quien mira á fines humanos y naturales, le atribuya más que un valor de utilidad social; si no tuviera este valor, carecería de razón de ser. Por tanto, la fórmula *tutela jurídica* incluye la de *defensa de la sociedad,* y ésta presupone aquélla; ambas indican una misma cosa, la primera más bien por el aspecto externo y la segunda por el aspecto interno y sustancial.

Entre las dos fórmulas hay, pues, diferencia de palabras, no de ideas. Desde este punto de vista, hay un motivo para preferir la fórmula *tutela jurídica* y es el siguiente. En su lugar (§§ 7 y 8) hemos visto que la función del derecho es la defensa de la sociedad, pero que esta función no es exclusiva del derecho, sino que éste desempeña sólo un modo particular de tutela. De lo cual sacamos un motivo de censura para aquellas definiciones que no especifican bien aquel modo. Ahora, la frase *tutela jurídica* es quizá más apropiada para representar mejor esta idea y para evitar equívocos. Pero, por el contrario, hay otro motivo para preferir la fórmula *defensa social.* No todos piensan que la explicación del

derecho ó es sociológica ó no es explicación; todavía hay muchos que creen en un derecho preexistente á las sociedades humanas y superior á las mismas. Y la fórmula *tutela jurídica* tiene el significado de adhesión á esta doctrina, según lo declara su mismo inmortal autor (1). Aquellos, pues, que no admiten tal significación pueden, para evitar dudas, no querer usar todavía la fórmula hasta tanto que no se haya apagado el último eco de la doctrina presociológica del derecho, y preferirán servirse de la otra de *defensa social,* que tiene un sentido antagónico á aquella doctrina, aun por la manera como suenan las palabras y por el modo como la han entendido y la entienden los escritores que la propugnan. Acaso pudiera continuarse todavía la indagación y encontrar, desde el punto de vista en que nos hemos colocado, algún otro mérito, ora en una, ora en otra fórmula; pero fácilmente se advierte que, reducida la cuestión á estos términos, pierde

(1) Carrara, al hablar de las varias fórmulas cardinales del derecho de castigar que pueden asimilarse á la de la *tutela jurídica,* escribe: «El concepto no es más que uno: el derecho es el soberano del mundo moral; toda otra institución es instrumento suyo. El derecho es el que impone á los hombres el estado de sociedad civil, como una verdad preexistente á esta; es la repulsa perpetua del sueño soberbio que quería poner el derecho á los pies de la sociedad civil, imaginándoselo como una creación de aquélla, mientras que el derecho preexiste á la misma, y ésta no tiene razón de ser sino como sierva suya y como instrumento necesario á su conservación.» (*Programa,* parte general, vol. II. Luca, 1877, pág. 9.)

todo su interés, y es casi indiferente el elegir un partido ó el otro. Lo que debe procurarse es la exactitud y la precisión en las ideas, que, por lo demás, no es posible expresar perfectamente en dos ó tres palabras.

Resulta, por consecuencia, que de las objeciones que se dirigen contra la fórmula *defensa social* no hay ninguna fundada, y que dicha fórmula no tiene, á nuestros ojos, más que un solo defecto, que tiene también la de la *tutela jurídica,* y es que expresa el valor genérico de la pena sin cuidarse de su valor específico.

§ 23. He dicho que iba á investigar la función de la pena haciendo un análisis crítico de las principales doctrinas acerca del fundamento de la misma (§ 18), y en efecto, la mitad de dicha investigación está ya hecha, porque, eliminada la doctrina de la *enmienda* y puesto en claro que las de la *tutela jurídica* y la *defensa social* sólo dan la función genérica, no queda más que la teoría de la *intimidación,* la cual merece ser examinada para ver si encierra la función específica de la pena en busca de la cual andamos.

Las funciones prácticas que la opinión común, ajena á las sutiles indagaciones teóricas, asigna á la pena son éstas: devolver la tranquilidad á los buenos ciudadanos, alarmados por el delito; secuestrar al reo, haciéndolo innocuo para siempre ó por cierto tiempo; despertar en él el arre-

pentimiento de la falta cometida y producir de este modo la enmienda; hacer que el ejemplo del castigo impuesto sirva de escarmiento á los mal intencionados, y en general á todos aquellos cuyos sentimientos morales son débiles, y les aparte del camino del crimen.

El secuestro del delincuente no es una función de la pena, como le parece al ojo vulgar, sino que es la forma material en que aquélla se concreta en el mayor número de casos; en estos casos es la pena misma, en los demás falta por completo la pena. La enmienda, fin nobilísimo que la sociedad debe perseguir con tanto mayor entusiasmo cuanto más difícil parece el alcanzarlo, no se obtiene sólo con la pena. Prescindiendo de la utilidad que reporta una educación intelectual y moral bien dirigida que se proporcione en la cárcel, y que alguno podría considerar como apéndice de la pena, es lo cierto que, fuera de la esfera de acción del Estado, la religión, con sus amenazas y con sus consuelos, y los auxilios de piadosos filántropos pueden prestar y prestan un concurso para aquel noble fin, bastante más eficaz que el dolor punitivo. La enmienda del reo no es, pues, función específica de la pena, lo cual estaba ya demostrado, por cuanto lo menos se comprende en lo más, desde que pusimos en claro que aquélla, la enmienda, está completamente fuera del dominio de la institución penal (§ 19). La tranquilización

de los hombres honrados y la intimidación de los malvados son cosas distintas, no separadas; juntas, constituyen lo que se llama la *ejemplaridad* de la pena, que es, en realidad, la función específica y característica de ésta.

La vez primera que yo me ocupé de semejantes materias, dije que el *fin real próximo* de la pena (que corresponde á lo que ahora, más exacta y claramente, llamo *función específica)* es la intimidación (1); y empleaba esta voz, al modo más común y ordinario, como sinónimo de *ejemplaridad*. Pero posteriores estudios me demostraron la conveniencia de rectificar y completar mis ideas. La ejemplaridad de la pena no debe entenderse en la forma indicada, sino en un sentido más amplio, en el cual comprende á la intimidación, como el todo comprende á la parte, pero no se confunde con ella; así, la pena sirve de ejemplo para todos: para los mal intencionados, á quienes refrena; para los débiles, á quienes sostiene; para los honrados, á quienes da tranquilidad en el sentimiento de su seguridad y refuerza en el de su moral. De este modo se especifica la función de la pena, sin mutilarla; se ciñe dentro de sus verdaderos límites, sin quitarle nada de la alta dignidad en que le colo-

(1) En el trabajo ya citado, *De la pena en la escuela clásica y en la criminología positiva, y de su fundamento racional.*

caron los servicios que ha prestado á la civilización humana.

Por otra parte, esta mayor amplitud de criterio no debe impedir que se tenga en la consideración debida el carácter intimidador de la pena, cuya importancia es grandísima. Porque el grado de fuerza repelente que la pena opone contra los inclinados al delito y contra aquellos que no son demasiado fuertes para resistirse á las seducciones de éste, no solamente no se encuentra en las demás instituciones jurídicas, sino que ni siquiera pueden ofrecerlo la religión y la moral.

Cuanto á los primeros, la cosa es clara. Todo el mundo sabe que hay leyes cuyo objeto es buscar la reparación ó atenuación del daño privado (Código civil) (1) causado por el delito, ó hacer más difícil la ejecución de éste (leyes de seguridad pública); pero también sabe que para encontrar una fuerza la cual pueda, mediante el ejemplo, poner un obstáculo á las tendencias criminosas, no hay más remedio que acudir á la ley penal.

La religión, con sus amenazas, parece tener un carácter intimidador que, si no supera el de

---

(1) Como más adelante tendré ocasión de explicar, la *reparación civil del daño,* sea que vaya unida á la pena, sea que vaya separada de ella, siempre es una institución del derecho privado.

la pena, por lo menos lo iguala. Sin embargo, si se observa atentamente, se advierte una notable diferencia. Ante todo, hay en todos los países una parte del pueblo con respecto á la cual no tienen valor alguno aquellas amenazas, porque no cree en la posibilidad de su realización. Será una parte exigua (no es difícil mostrar que no lo es tanto, supuesto que hay que incluir en ella, además de los ateos, los que, admitiendo la existencia de Dios, se ríen de las amedrentadoras concepciones del infierno y del purgatorio); pero de todas suertes, es indudable que para ella las amenazas de la religión vienen á perder el carácter de universalidad que acompaña á las de la pena. Además, éstas suponen la idea de males próximos, casi inminentes, á la comisión del delito, en tanto que las otras hablan de males lejanos. Ahora, es de tal manera el hombre, que mientras los primeros le impresionan, los segundos lo dejan indiferente ó le apesadumbran poco. Pero la consideración más grave, la decisiva, por decirlo así, viene ahora. Aun en el caso de que la falta haya sido cometida, los castigos de la religión no son inevitables, pues basta con un sincero arrepentimiento para salvarse. Más todavía: las oraciones, las ofrendas, la observancia de los ritos, en una palabra, todas las prácticas religiosas, parecen eficaces para el fin; por lo que, si no equivalen al arrepentimiento, son un succedáneo de éste, que des-

arma en gran parte la cólera de los dioses. Esto no es una mera observación teórica, sino que la práctica la confirma con multitud de hechos. Estudiando de cerca á las clases peligrosas y aun á las simplemente inmorales, se ve que los individuos que las componen, aun no arrepintiéndose de las faltas cometidas y continuando la misma vida, procuran buscar la protección de los santos y de la Virgen, en la confianza de que con esta protección se librarán de los castigos que merecen. Por tanto, por lo que á la religión toca, puede perpetrarse cualquier delito, porque siempre hay tiempo para borrar la culpa con la penitencia. No sucede lo mismo con la pena; aquí no sirve de nada el remordimiento más sincero, más vivo, más desolador; las lágrimas más ardientes del reo no sirven para aplacar á la justicia social.

Y esto que se dice de la religión puede perfectamente decirse también de la moral, cuyas leyes no están claramente formuladas sino para una escasa minoría de la sociedad, que las comprende y las reconoce y tiene sus sanciones; pero la gran mayoría de las personas está sometida á ellas sin saberlo, ó no formándose de las mismas sino una idea imperfectísima é inadecuada.

En conclusión, pues, mientras es inexacto restringir á la intimidación la función específica de la pena, tampoco se hallaría completamente

en lo cierto quien dejase de tomarla en la consideración debida (1).

§ 24. Pero se preguntará: ¿cuál es la importancia práctica de esta distinción, una vez que el valor intimidativo de la pena es tan grande? ¿Para qué sirve el concepto más completo de la *ejemplaridad?*

El estudioso, lo mismo que el legislador, no deben olvidar nunca que la misión principal de la pena es la lucha contra la delincuencia. Esto les libra de toda debilidad sentimental, los llama incesantemente á la observación de los hechos, en la cual deben cimentarse aun las doctrinas más autorizadas, los aparta de las predilecciones sistemáticas del espíritu y les hace caminar al compás de las necesidades reales de la vida.

Pero cuando sólo se atiende á la virtud intimidadora, la cual, aun siendo importante, no es toda la virtud especial de la pena, nuestras ideas se encierran en un círculo que les imprime un sello monótono y apasionado, y dificulta la ad-

(1) Es notable el trabajo reciente de Dubuisson, en el cual se coloca la *intimidabilidad* como fundamento de la responsabilidad penal. «Je viens d'établir (dice el ilustre autor) d'une manière générale, et sans me préoccuper des exceptions, qui seront l'objet d'un autre article, que tous les hommes étant intimidables, doivent être considérés comme responsables de ses actes.» (V. *Theorie de la responsabilité,* en los *Archives de l'Anthropologie criminelle,* fasc. de 15 de Enero de 1888, pág. 60.)

quisición de la verdad. En una novela francesa muy conocida hay un personaje que, en determinadas ocasiones, lo ve *todo rojo;* pues bien, en nuestro caso no se ve más que delincuentes: ellos son los tristes fantasmas que á cada instante aparecen en las fatigosas vigilias del hombre de ciencia y perturban la serenidad de su espíritu. La acción reforzadora que sobre los sentimientos morales de los hombres honrados viene ejerciendo la pena desde hace siglos, y que no por ser lenta y casi invisible ha sido menos grande, se descuida ó se aprecia poco.

Por tanto, entender como es debido la doctrina del *ejemplo* es librarse de la unilateralidad de criterio, que es uno de los vicios más funestos al pensamiento científico.

§ 25. Ocupémonos un poco de las censuras que se han dirigido á esta doctrina, fijándonos, como de costumbre, en las de mayor peso. Verdaderamente, estas objeciones atacan á la doctrina en su significado más restricto, en cuanto limita la función especial de la pena á la intimidación de los criminales (§ 23); sin embargo, como la intimidación es una parte grandísima de dicha función, interesa examinarlas aun desde este punto de vista.

Contra la doctrina se dice lo siguiente:

a) Que «ofende á la máxima de que el hombre no es *cosa,* sino *persona,* por lo que no pue-

de ser empleado como *medio* para el bien de los demás (1)».

b) Que «trae consigo un aumento constantemente progresivo de las penas, porque mostrando el delito cometido de una manera positiva, que aquel culpable no ha tenido miedo de la pena que le corresponde, lleva al ánimo la convicción de que, para atemorizar á los demás, es necesario aumentarla (2)».

c) Que «suprime la diferencia que existe entre *l'innocent et le coupable: pourvu que la peine prononcée par la loi soit infligée à un homme qui a contre lui les apparences du crime, le vœu de la loi est accompli, l'effet de terreur qu'on s'est proposé sera produit. La question d'innocence ou de culpabilité sera indifférente; il sera plus utile même de condamner que d'absoudre* (3)».

d) Que carece «de principio justificativo *propio* (á la pregunta: ¿qué derecho tiene la sociedad para intimidar? conviene que se conteste

---

(1) A. F. Berner: *Tratado de derecho penal*, trad. italiana. Milán, 1887, pág. 7.

Esta objeción, lo mismo que las siguientes, se encuentran siempre, con alguna diferencia de forma, en varios escritores.

(2) Carrara: *Programa*, parte general, vol. II. Luca, 1877, pág. 86, nota.

(3) Ad. Franck: *Philosophie du droit pénal*. Paris, 1880, páginas 23-24.

recurriendo á los principios extraños de la defensa ó de la conservación) (1)».

Ya hemos advertido de una manera clara (§ 18) que la fórmula que exprese la función de la pena debe indicar, en dos diferentes ramificaciones, tanto el aspecto genérico como el específico de aquélla, ó, en otros términos, que la pena tiene un valor por el género á que pertenece y otro por sí misma, y que uno y otro deben unirse é integrarse para conocer exactamente la función que desempeña. Si los que han dirigido las anteriores críticas hubiesen tenido esto en cuenta, habrían echado de ver la poca solidez de las mismas. En efecto, entonces no habría razón para decir que la fórmula de la *intimidación* carece de principio justificativo, y que, para contestar á la pregunta: ¿qué derecho tiene la sociedad para intimidar? hay que recurrir « á los principios extraños de la defensa ó de la conservación», porque (aparte la no demostrada necesidad de un principio justificativo) es claro que ni la defensa ni la conservación son ideas extrañas á la intimidación, sino que las unas son la primera ramificación de la fórmula cuya segunda ramificación forma la otra, y ambas ramificaciones se unen en una unidad inseparable. Por lo que respecta á las censuras *a, b*

(1) R. Balestrini: *De un nuevo criterio sociológico de la penalidad,* en el *Archivio di psichiatria,* etc., vol. VIII, fasc. I, pág. 96.

y *c*, penetrando bien su espíritu, se advierte que cada autor de los que las hacen acusa por diferente lado á la doctrina del *ejemplo* de ser arbitraria y terrorista, por cuanto carece de un límite que contenga la acción del Estado. Tampoco se habría hecho esta acusación si se hubiera comprendido que aquella doctrina no puede dar sino una parte, por así decirlo, de la fórmula penal; pues parando la atención en esta fórmula, se habría encontrado, en lo que, según nuestro lenguaje, constituye la rama genérica de la misma, cuanto es necesario para tranquilizar á los ánimos más liberales. En efecto, la relación entre el delito y la pena, las garantías del ciudadano, en suma, todo cuanto se compendia en el principio de un límite al poder represivo del Estado, deriva de la juridicidad de la pena; juridicidad que resulta del valor genérico, y de la cual no puede separarse el valor específico. Los censores no se tranquilizan y no descansan sino con la fórmula de la *tutela jurídica* ó con otras análogas; pues bien, repetimos que ésta se halla comprendida en nuestra fórmula, con la sola diferencia de que, en lugar de ser toda ella, no es más que una parte de la misma, ó si se quiere, con esta otra diferencia: que, después de cuanto se ha dicho acerca del carácter hiperárquico ó soberanía del derecho (§ 7), dicha fórmula ofrece la más cierta y más racional garantía contra toda arbitrariedad.

Pero además, ¿son reales los inconvenientes que se deploran en las tres objeciones referidas? Los que así lo creen, además de considerar, según hemos visto, el valor específico de la pena independiente y separadamente de su valor genérico, se apoyan sobre la suposición de que, en la doctrina del *ejemplo,* no se castigue al delincuente en razón de lo que él ha hecho, sino en razón de lo que otros pueden hacer. También esto me parece erróneo. La pena es una reacción contra el delito, y ya se ha dicho (§ 15) que se distingue de las demás reacciones por dos caracteres específicos, á saber: porque la persona que reacciona es el Estado, y porque el dolor reactivo se busca como cosa esencial. Esta reacción produce varios efectos, cada uno de los cuales varía en importancia según los lugares y los tiempos. Algunos de ellos se originan menos directamente, por vías tan mediatas, que no le es dado al ojo vulgar referirlos á su propia fuente. Otros están en más inmediata relación con su causa, y sólo á éstos es á los que llamamos efectos de la pena, á saber: la tranquilización de los buenos, la intimidación de los malvados, la satisfacción de las víctimas, la enmienda de los reos y así sucesivamente (más aquí, como sabemos, hay que volver á distinguir entre lo que es producto específico, característico de la pena, y lo que no lo es). Supóngase ahora que uno ó varios de tales efectos, antes descuidados, formen en

una época dada materia de atenta consideración, por la utilidad que encierran, y que al castigar la autoridad social se proponga conseguirlos y sacar el mayor provecho posible de ellos. En tal caso empieza un nuevo punto de vista con arreglo al cual puede dividirse en dos grandes períodos toda la historia penal: en el primero, se castiga porque se ha cometido un delito; en el segundo, porque se ha cometido un delito y porque con la punición se han obtenido ya antes ciertos resultados, los cuales, en razón de la utilidad que producían, se han ido poco á poco convirtiendo en altas finalidades sociales: en el primero, la reacción es, puede decirse, espontánea y se confunde con la venganza social; en el segundo, es siempre reacción, pero reacción que se aprecia, más que por sí misma, por las ventajas que produce y que se intentan conseguir con ella. Por consecuencia, cuando decimos que el *ejemplo* es la función específica de la pena, nuestro pensamiento no es otro que el siguiente: que la justicia castiga al reo, le inflige un mal en razón del delito cometido, pero que semejante mal no es fin de sí mismo (como sucedía en el primer período de la historia penal), sino que es, por el contrario, medio para la consecución de fines más elevados, entre los cuales es característico el del *ejemplo;* en otros términos, la pena es siempre un dolor proporcionado al delito (1),

(1) En el bosquejo primitivo de este trabajo habia un

pero impuesto, no por el simple placer de afligir, sino en vista de una utilidad social.

Añadiremos una observación por vía de complemento.

Castigar al reo por su delito, ó por los delitos futuros de otros, no son dos cosas absolutamente antagónicas, como parece que creen muchos adversarios de la doctrina del *ejemplo*. El delito futuro no es del todo extraño al reo presente;

---

capítulo tocante á la *proporcionalidad de la pena al delito,* capítulo que luego he tenido que suprimir, á medida que mi tema se fué circunscribiendo y determinando mejor. Esta cuestión trasciende de los límites de la ciencia penal, tal como yo la entiendo (§ 1), y en cambio domina, tanto en las líneas generales cuanto en los detalles particulares, la ciencia del derecho penal.

Unicamente de paso, y en una nota, conviene confirmar la propia fe en la teoría de la *proporción entre delito y pena,* contra la cual recientemente Garofalo *(La Criminología,* trad. esp., Madrid, 1893, pág. 278 y sig.) ha vuelto á la carga. Dicha fe permanece segura, no obstante las fuertes reflexiones del profesor Bovio *(Ensayo crítico del derecho penal,* Nápoles, 1883), contra el cual no será inútil oponer:

1.° Que la *proporción matemática* no es posible hallarla, no sólo entre el delito y la pena, sino en cualquiera clase de hechos sociales. La *ley matemática* es una ley ideal, que *se traduce aproximadamente* en la vida moral; es lo *abstracto* hacia que debemos tender, no lo *concreto* en medio de lo cual nos movemos.

2.° Que la pena no es *toda* la reacción contra el delito, sino *sólo una* de las fuerzas que reaccionan contra él; por lo que quien pone de un lado el daño de la primera (causado al individuo) y de otra el daño del segundo (causado á la sociedad) y halla que la relación no existe ni puede existir, más bien que echar la culpa de ello á la justicia penal, debe volver sobre sus pasos y ver si el error no se halla en la posición del problema.

podemos decir que en cierto modo le pertenece, si se recuerda el valor que tiene la *imitación* en la génesis de los delitos; de suerte que cuando al castigar al delincuente de hoy se tiene en cuenta, en la medida justa, la delincuencia posible de mañana, se le castiga por su acción y no por las acciones ajenas, como á primera vista pudiera parecer. Tocante á este particular, es útil consultar lo que dice Tarde, especialmente en el escrito *Sugestión y responsabilidad* (en la *Criminalidad comparada,* trad. esp.), cuya notabilísima obra está, sobre todo, consagrada á demostrar la gran importancia del principio sociológico de la imitación (1).

Pero la escuela italiana puede aceptar el concepto indicado, aun independientemente de los estudios modernos de sociología. En su glorioso patrimonio científico hay cuanto es necesario para el caso. Según el ilustre Carrara, uno de los daños provenientes del delito, y del cual debe responder el reo, es el que él llama *daño mediato,* que «consiste en la intimidación (alarma) producida en los buenos por la consumación de un delito y en el mal ejemplo que se da á los que tienen malas inclinaciones». *(Programa,* § 118.) Y de cuánto valor fuese para él esta última idea, se colige por una nota puesta al mis-

(1) Respecto del cual deben consultarse las dos obras magistrales y más recientes del autor: *Les Lois de l'imitation,* Paris, 1890, y *La Philosophie pénale,* Paris, 1890.

mo parágrafo y que conviene referir. «El honorable magistrado Martinelli, en su *Prodromo a un progetto di Codice penale,* Bolonia, 1866, introduce una nueva fórmula para designar el daño mediato. El delito, dice, viola la *expectativa* que tienen todos los ciudadanos de que ninguno use de su libertad en daño de otro. Pero me parece que esta nueva fórmula de la *expectativa* no reemplaza adecuadamente á la antigua del *daño mediato,* porque si expresa la *agitación* provocada en el ánimo de los buenos, no expresa igualmente la *agitación* provocada por el delito en el ánimo de los mal inclinados, los cuales, por el mal ejemplo, se encuentran alentados para hacer otro tanto; así, que la nueva fórmula no contiene ambas las formas en las cuales se despliega la fuerza moral objetiva del delito, y de cuya unión y conjunto resulta el daño *mediato.*»

§ 26. Rechazadas las objeciones que se hacen contra la doctrina del *ejemplo,* queda demostrado que sólo ella da la función específica de la pena. Ahora, uniendo esta función específica á la genérica, que ya conocemos (§ 18), tendremos una fórmula que expresa el justo valor de la pena, es decir, su función concreta. Dicha fórmula es la siguiente: la pena realiza la defensa de la sociedad por medio del *ejemplo.*

De este modo, sin el menor prejuicio, y haciendo uso de un método que nos parece estric-

tamente positivo, nos hemos ido poco á poco elevando á un punto de vista digno de consideración. Este punto de vista no es ecléctico, por cuanto hemos llegado hasta él sin la menor idea *a priori* de armonizar sistemas opuestos; en cambio, puede muy bien llamarse *unitario,* en cuanto muestra unidos principios y doctrinas que, considerados aisladamente, desde el especial punto de vista de cada uno de ellos, parecen contrarios. En efecto, en el camino que hemos ido recorriendo, primero se ha eliminado la doctrina de la *enmienda,* porque desnaturaliza la pena, y después hemos visto que las otras tres doctrinas, de la *tutela jurídica,* de la *defensa social* y del *ejemplo,* á las que pueden asimilarse otras doctrinas menos importantes, han venido poco á poco convergiendo al mismo punto, puesto que se ha mostrado que las dos primeras difieren más bien en las palabras que en la idea, y una y otra no dan más que una rama de la fórmula penal, esto es, la *función genérica,* en tanto que la tercera da la otra rama, esto es, la *función específica,* y que de esta manera concurren y se ayudan para establecer el valor justo y positivo de la pena.

Esta conclusión, aparte su interés científico, hace pensar que la lucha entre las varias escuelas penales á menudo no es tan incapaz de tregua, en todos los puntos, como acaso crean los contendientes; que, por el contrario, hay algún

punto, de importancia capital, en que sólo aparentemente se lucha, pero en el que, en sustancia, todos colaboran á un mismo fin, más ó menos próximo. También da lugar á pensar que en las ciencias penales yerran lo mismo aquellos que no tienen en cuenta el principio *jurídico* que aquellos que no aprecian como se debe la especialidad del terreno en que se mueve la naturaleza propia de la pena.

CAPÍTULO V

El principio ideal en la pena.

§ 27. La palabra «ideal» se pronuncia á menudo y por muchos, aun en estos tiempos en que parece que ha perdido parte de su antiguo encanto. Precisemos bien su significación.

La mayor parte llaman «ideal» á una imagen lejana, á un fantasma de nuestro espíritu, de líneas inciertas, pero nobles y bellas, que se eleva sobre la realidad presente y hasta se opone á ésta. Semejante concepción tiene un aspecto que á primera vista la separa del orden de las ideas positivas y que repugna al estudioso fiel á este orden; pero, en tanto, se duda en pronunciar un juicio definitivo, porque no es posible negar su valor práctico. Aun cuando el *ideal* tenga un sentido fantástico; aun cuando no sea más que un sueño en la fatigosa vigilia de hoy, lo cierto es que en su nombre se realizan las acciones magnánimas; el ideal es lo que sonreía á los mártires de la patria y de la humanidad en la hora más dolorosa del sacrificio; el ideal es lo

que sonríe al que en la primavera de la vida huye de los placeres embriagadores y se entrega en el culto de la ciencia á un otoño melancólico y precoz.

Sólo hay que ver si esta significación, por decirlo así, *sentimental,* es susceptible de alguna variación; si puede dársele una traducción científica tal, que no cause lesión á los principios positivos.

A menudo, aun en la vida práctica, se concibe el *ideal* menos vagamente: siempre es un tipo abstracto de perfección, una imagen luminosa con que se consuela el espíritu que rehuye la realidad presente; pero, en lugar de contemplarlo tan sólo para satisfacción del corazón ó de sacrificarse al mismo por un reverdecimiento casi instintivo de la nobleza de la naturaleza humana, se le considera como una meta que no es imposible alcanzar y que reclama el estudio de los medios conducentes al efecto. En este caso, á medida que el pensamiento fija su atrevida mirada en la imagen ideal, se va enrareciendo y aclarando la atmósfera vaporosa y fantástica que la envuelve, los contornos de dicha imagen se van haciendo más consistentes, se van determinando mejor, y aquélla no es más que una cosa futura, un *mañana mejor,* que persigue la actividad de los hombres.

Ahora, adelantando más por este camino, é indagando las leyes históricas en virtud de las

cuales desde el presente se llegará al porvenir, se concibe la sucesión de los *reales,* y se da este nombre al de *hoy,* mientras que se llama *ideal* al de *mañana;* en tal caso, *ideal* y *real* no son dos cosas antagónicas, sino dos puntos de una misma línea: lo *ideal* no es lo *irreal,* como le parece á la conciencia común, sino que es una *realidad,* prevista en el futuro con arreglo á leyes conocidas y tomada como punto concreto de mira por la actividad humana.

Este sentido es el que yo dí á la palabra «ideal» cuando, hace ya algunos años, la empleé por vez primera; y esta me parece ser la exacta traducción científica de la expresada significación vulgar.

§ 28. La conducta normal de los hombres que han alcanzado un cierto grado de civilización se halla inspirada, no tan sólo por la consideración del presente, sino también por la del porvenir. Aquéllos, antes de determinarse á obrar en un sentido más bien que en otro, toman en cuenta las necesidades actuales y las que después podrán surgir, procurando que la satisfacción inmediata de las primeras no sirva de obstáculo para la satisfacción de las segundas (1). Y no de otra manera se podrían conser-

(1) Spencer habla á menudo del oficio que, en los animales más desarrollados, tienen algunos centros nerviosos superiores, destinados á proveer á las necesidades del porvenir. Véase, por ejemplo, la pág. 122 del vol. II (Paris, 1887)

var, sea como individuos, sea como especie. Si, por ejemplo, en el momento en que las fuerzas vitales están en su mayor vigor las sometiesen al mayor dispendio de que son capaces, sin preocuparse lo más mínimo del mañana, las enfermedades los sorprenderían en condiciones desfavorables de resistencia y serían en gran parte mortales. En tal caso, el límite ordinario de la vida humana se acortaría, y nuestra especie se encaminaría rápidamente hacia su ocaso. El padre de familia que emplea hoy todos sus recursos económicos en rodear de las mayores comodidades á sus hijos y á su esposa, ¿no se encuentra sometido á la más grande humillación que puede afligir á un hombre de entrañas y que hasta puede hacer precoz y triste su vejez, cuando llega desprovisto de medios á aquella época en que es preciso dar educación profesional, científica ó artística á los hijos, cuando se encuentra impotente para darles una carrera honrada que los haga dignos continuadores de su buen nombre?

Naturalmente, á través del curso de la historia hay una infinidad de gradaciones. Los factores son estos dos: la manera cómo se reacciona contra las impresiones externas, y, por consiguiente, la varia fuerza de los deseos, y la po-

---

de los *Principes de sociologie:* «Ce n'est pas tout: ce ne sont pas seulement les besoins du moment qu'il faut satisfaire, mais encore ceux d'un avenir plus ou moins éloigné.»

tencia de calmar las necesidades y las ventajas futuras. Así, desde el hombre primitivo, ó desde el salvaje actual (aunque no en igual medida), en los cuales la consideración del porvenir es muy débil y restringida, se llega hasta el hombre moderno, el cual va alargando más cada día el dominio de la *previsión,* en donde entran, no sólo las relaciones económicas, sino también las morales, las políticas, las gravísimas de la higiene; se llega hasta el hombre moderno, que puede decir á sus semejantes: «Las generaciones presentes son las que tienen la obligación de preparar los ambientes en medio de los cuales debe moverse el cerebro de los pueblos del porvenir (1).»

Si esto es así, no solamente el presente proviene del choque del pasado con el porvenir, según ya lo observaron filósofos y publicistas (2), sino que entre el presente y el porvenir se verifica otra lucha, de la cual nace un nuevo compromiso; de donde resulta que el presente

---

(1) E. Fazio: *El ambiente sensorio-psíquico y las líneas de una profilaxis psíquica*, Nápoles, 1888.

(2) Esta idea ha adquirido una grande importancia en la doctrina política del profesor Bovio, el cual, afirmando que el tiempo histórico «es un presente fugaz, trabajado por dos fuerzas contrarias y desiguales, el pasado y el porvenir» (*Curso de ciencia del derecho,* Nápoles, 1877, pág. 2), llega á la concepción del Estado como «medio proporcional en la lucha histórica». (Obra citada, pág. 313, y *Ensayo crítico del derecho penal,* Nápoles, 1883, páginas 158 y siguientes.)

no es nunca como querría ser, sino tal y como lo modifican las exigencias del porvenir. La vida social representa, pues, un producto que surge del encuentro de las necesidades actuales con las necesidades futuras, y las instituciones que se mueven dentro de su seno obedecen tanto á una ley ideal como á una real. Los jefes de los Estados, las Asambleas nacionales, todos aquellos que concurren á la fundación de las instituciones políticas, no pueden ser menos previsores que el particular, y deben, por tanto, disponer los múltiples resortes de la máquina gubernativa, no sólo en vista de las necesidades de hoy, sino también en vista de las de mañana. Toda organización política tiene que satisfacer á una exigencia ideal, y si no lo hace, falta en parte á sus fines.

De estas premisas generales se deduce el principio que se refiere á la pena. Esta, aun moviéndose en el terreno de la realidad, debe tener los ojos puestos en el ideal, es decir, debe defender á los asociados de la inmoralidad criminosa del hoy y preparar un mañana en que dicha inmoralidad sea menor. «Lo cual implica (decía en otra ocasión) que pueda actuar su función *real presente* hasta aquel punto en que no perjudique su función *real futura* (1).»

(1) Cuando yo comencé á recoger y ordenar mis estudios de derecho penal, una de las ideas en que más y con más complacencia me detenia era la del *principio ideal* de la

Como se ve, pues, este capítulo es, en cierto modo, el complemento del que precede. Allí se ha establecido que, en los tiempos que corren, función de la pena es «la defensa de la sociedad por medio del *ejemplo*», sin detenernos á distinguir si la defensa debe limitarse estrictamente al orden actual, ó si debe también mirar á un orden ideal, á cuya realización debe la misma cooperar por su parte. Tal doble aspecto de la defensa social es ahora bien claro, y la función de la pena emerge en toda su integridad.

§ 29. Consideremos un momento la importancia del *principio ideal* en la ciencia en general.

En los últimos años ha hecho grandes progresos el espíritu de positividad. Habiendo pasado, sólo á manera de insinuación, desde las ciencias físicas á las morales, ha ido invadiendo poco á poco estas últimas, y desde aquí, aun antes

---

pena, y le di un lugar en mi primer escrito juridico. La oscuridad del nombre del autor hizo que (hecha excepción de alguna critica benévola) el escrito pasase desapercibido así como su idea más importante. Esta última apenas fué notada en una revista del profesor Puglia (que dejó de publicarse muy pronto), mas no fué bien entendida. Más tarde, hablando Colajanni de mi trabajo sobre la *Cuestión de la pena de muerte,* puso de relieve aquella idea y su importancia y novedad. Después de la primera edición de este libro, he recibido excitaciones muy consoladoras para continuar desarrollando dicha idea, por parte de criminalistas ilustres, entre los cuales me es grato recordar, por la forma de su aprobación, los nombres de Poletti, Woulfert, y Lammasch.

de conquistarlo todo, se ha extendido solícitamente por todos los ramos de la vida práctica. «Ateneos á lo positivo» fué el grito que desde el campo de los estudios pasó á las cátedras, á los parlamentos, á las corporaciones, á las familias, á los más íntimos círculos. Hoy, el hombre de negocios menos culto, el pequeño propietario más ignorante y más rudo, el joven que desde las puertas de la cátedra se asoma inexperto á los peligros del mundo, se dicen positivistas, y aun en los negocios más insignificantes hallan manera de pregonar las virtudes de la positividad.

Esto es natural. El principio que justifica el método es uno, y abraza lo mismo la vida práctica que la especulativa, por lo que, una vez admitido el positivismo en la segunda, era preciso hacerlo extensivo á la primera. El método positivo en el conocimiento implica: observar los hechos y elaborar los datos de la observación mediante el raciocinio, pero no salirse de aquélla; el método positivo en el obrar implica: observar los hechos y elaborar los datos de la observación en el acto práctico, pero no salirse de aquélla. En esta última forma, el lenguaje común ha llamado más bien al positivismo *realismo*. Ahora, si era natural que el método pasase de un terreno á otro, no era obligado que aconteciese así sin inconvenientes. Cuando el vulgo toma á la ciencia una doctrina antes de que

aquélla le haya dado gran aplicación, es decir, antes de que la haya explicado suficientemente, antes de que la haya reforzado y, si á mano viene, corregido, no puede menos de existir erróneas interpretaciones. Por esto, la positividad, que se convirtió en norma práctica cuando todavía no había sido bien cimentada en el orden de los estudios (aun hoy se halla muy lejos de estarlo), hubo de ser mal comprendida en parte.

Así, el realismo (ó positivismo en el obrar) se concibió como algo opuesto á las nobles idealidades, á los sueños generosos, á los sacrificios austeros y propiciatorios del porvenir. Los jóvenes que, sin cuidarse de sí propios, daban la vida por una idea, no se libraron siquiera de la befa, y cuando nuestros ancianos, en la clásica tierra de los mártires, para consolarse del hoy, invocaban los gloriosos recuerdos del ayer, se les contestó, sonriendo gravemente, que ha pasado ya para siempre el tiempo de las *cuarentaiochodadas (quarantottate)*. El que no se deja dominar por la fiebre de las riquezas, «una enfermedad (dice Letourneau) de la cual podrán morir nuestras sociedades modernas»; el que cree que por encima de los banquetes luculianos, de los esplendidos palacios, de los lujosos trajes, de las aventuras misteriosas y picantes, está el ápice del goce que los profanos ni siquiera sospechan, del goce digno de atraer hacia sí el trabajo de un hombre ó de una época, es un pobre iluso,

es un *idealista,* que se olvida de la realidad y vive en los dominios de la luna. Pero, por otra parte, no hay que exagerar el mal. Esta tendencia no se ha venido y no se viene extendiendo sin oposición, y ya en diferentes sitios se ha proferido el grito de alarma y se han señalado todos los peligros de aquélla.

¿Ha de permanecer indiferente la ciencia ante semejante tendencia, marchando tranquila por el áspero camino? Nosotros no lo creemos así; faltaría á su misión, y ella misma correría el peligro de ser invadida por el mal que hubiera dejado sin reparo. La manera cómo ha de remediarlo está indicada por los medios de que dispone y por las primeras causas del hecho: dejando á los moralistas, á los hombres más insignes por sus virtudes y acciones nobles que pongan obstáculos á la expansión de aquella tendencia con la eficacia de su palabra y de su ejemplo, la ciencia debe inmediatamente deshacer todo motivo de equívoco dentro de sus confines. Por consiguiente, debe esclarecer el principio, desarrollando, podemos decir, toda su potencialidad; esto es, mostrando que así como en el orden cognoscitivo dicho principio no implica tan sólo observar los hechos, comprobarlos, catalogarlos y clasificarlos, sino elevarse desde ellos y sobre ellos hasta las más altas especulaciones de que es capaz el pensamiento, así también en el orden del obrar no quiere decir tan sólo coordinar

nuestros actos y acomodarlos á aquella parte de la realidad que cae más bajo la acción de los sentidos y que es más fácil entender y conseguir, sino también elevarse desde ésta y sobre ésta hasta las realidades futuras que el ojo más penetrante puede divisar, recorriendo una escala ascendente, que desde las urgentes necesidades de hoy se remonte hasta las de mañana, desde los placeres sensuales hasta los goces purísimos del espíritu. Y una vez que esto se halle bien establecido y firme en general, la ciencia debe insistir en ello por medio de frecuentes aplicaciones á las varias ramas en que se divide.

He aquí el valor del *principio ideal* relativamente á las actuales condiciones del saber y de la vida.

§ 530. Explicada de esta manera suficientemente nuestra tesis, circunscribámonos ahora á su propio campo, es decir, veamos el valor de aquel principio en el estudio de la pena.

Consideremos la ley punitiva. Si se pregunta á diez personas, nueve, entre las cuales habrá hombres cultos, legisladores, escritores de materias penales, dirán que el Código que define las múltiples especies criminosas y las reprime debe mirar las necesidades actuales del pueblo, sus tendencias y sus costumbres. Por lo cual aconsejarán que se estudie detenidamente las condiciones en que dicho pueblo se encuentra en la actualidad, estudio que, según ellas, debe

formar la base única del criterio legislativo. Ya hemos visto que el *principio ideal* contradice lo absoluto de esta contestación. Expliquémonos. Decimos que, según este principio, en todo Código penal es admisible: 1.º, una prohibición que en las condiciones actuales del Estado no parezca necesaria; 2.º, una sanción, más dura ó más suave, según las costumbres presentes del pueblo.

En el capítulo anterior se ha mostrado que la función de la pena es «la defensa de la sociedad por medio del *ejemplo*». Esto implica que no es fin propio de la ley punitiva, como no lo es tampoco de ninguna otra institución jurídica el moralizar á las turbas y dulcificar las costumbres. Pero también implica esto que dicha ley punitiva no deba, en modo alguno, así en su conjunto como en cada una de sus partes, servir de obstáculo á la moralización de las turbas y á la dulcificación de las costumbres, porque si lo hiciera así, vendría á faltar indirectamente á su función de defensa social, contrariando en sustancia la realización de aquellas condiciones que deben facilitar y asegurar el desempeño de dicha misión. Esto es fácil que se admita. Pero ahora, según ya hemos dicho, se completa el capítulo precedente anunciando que la tutela social no debe limitarse al hoy, sino tener puesta la vista en el mañana. De donde se sigue la necesidad para la ley punitiva de evitar todo

lo que pueda servir de obstáculo á la dulcificación de las costumbres, en cuanto sea hoy posible y en cuanto se prevea posible para mañana. Fácil es ya comprender adonde se llega por este camino: se llega á concluir que las penas deben ser algo más leves de lo que exigiría el sentimiento común; pues si respondiesen exactamente á éste, serían una nueva fuerza que contribuiría á consolidar aquel sentimiento aprobándolo de hecho y ofreciéndole las ocasiones de poder ser satisfecho, en cuyo caso se haría mucho más difícil la mitigación progresiva del mismo.

Pero del mismo *principio ideal* fluye una regla contraria, tanto en general como para algunos casos particulares. En general, porque no significando después de todo aquel principio otra cosa, sino que el Estado tiene la obligación de gravitar con sus leyes sobre la conciencia pública, de manera que vaya preparando un mañana en que cesen los errores y las aberraciones y se consiga una nueva etapa de progreso, si suponemos que exista un determinado período histórico (y esto, por desgracia, empieza á ser algo más que una simple hipótesis) en el cual la indulgencia para con los delincuentes comienza á ser excesiva, no bien se debilita el recuerdo del delito, y amenaza originar un sentimentalismo falso y morboso, entonces el Estado debe inmediatamente suspender su tendencia mitigadora,

y no es imposible el caso en que hasta se encuentre en la necesidad, siempre obedeciendo á la razón ideal de su ministerio, de dar algún paso hacia atrás, á fin de oponerse más enérgicamente á los extravíos del sentimiento común. De igual manera, supongamos casos particulares en que, en un determinado momento, por influjos religiosos, de secta, de costumbres, ó por otras causas, exista un delito que provoque generalmente poco horror y se exija para él una pena, mientras que, por el contrario, los sacerdotes de la ciencia, los hombres más cultos y más probos, hayan comprendido y demostrado el grave daño que con ello se causa á la sociedad, y pidan un castigo severo para tal delito. Pues bien; la ley debe estar con estos últimos, si quiere que no sea eterno un error de la conciencia social, llamémoslo así, y si quiere que desaparezca en un lejano porvenir.

Lo que se dice en cuanto á la sanción es también aplicable á la prohibición. Si hay un hecho que (á causa de un extravío semejante al que hemos indicado) no repugne á las costumbres generales, y, por tanto, no parezca que es necesario castigarlo, mientras que la ciencia demuestra el perjuicio que produce, la ley debe incriminarlo, á fin de que las costumbres imperantes se modifiquen en el porvenir y se acomoden á la razón.

Aquí es oportuno un recuerdo. Más atrás he-

mos examinado la cuestión de si la utilidad real del derecho coincide siempre con la utilidad opinable (§ 6), y hemos contestado negativamente. Ahora emana otra causa de divergencia del *principio ideal*, porque asignándose á la pena, como al derecho en general, un fin que trasciende de las puras necesidades del presente, es natural que no pueda apreciarse debidamente por el vulgo, al cual le falta mucho para estimar como es preciso las necesidades futuras.

En tanto, las ideas que hemos desarrollado acerca de las relaciones entre la ley penal y las costumbres encuentran aplicación á cada momento, aun en los temas de índole más particular, y muchas investigaciones doctrinales, muchas polémicas, adquieren más luz. Delante tengo un ejemplo que voy á referir.

Hace tiempo que el profesor Enrique Ferri publicó un brillante estudio sobre el *Homicidio-suicidio*, el cual dió lugar á serias discusiones. Al hacer Tarde la crítica de este trabajo, en la *Revue philosophique*, escribía las siguientes líneas: «El principio de Ferri es que el homicida autorizado por su víctima debe ser justificado en todas aquellas ocasiones en que haya obrado por motivos que *no tengan nada de antisocial*, ni, por consecuencia, de ilegítimo. Yo empujo á un budhista bajo el carro de Bhuda ó á una viuda indiana á la hoguera del marido, para satisfacer sus ruegos; el motivo determinante, para mí,

como para ellos, ha sido religioso; ¿se dirá por esto que la religión sea antisocial? Yo voy al terreno donde doy á mi adversario el derecho de introducirme una bala en el corazón, no porque yo tenga el menor deseo de morir, sino porque creo que debo someter mi firme voluntad de vivir á la imperiosa voluntad de los muertos que se llama costumbre; ¿qué cosa hay más social que la obediencia á las costumbres? ¿Qué sociedad subsistiría un solo día sin esta docilidad más ó menos ciega? ¿Habrá, pues, que dejar que el fanatismo y la barbarie sigan su curso? No. ¡Cuántas veces la razón de ser de la ley está en luchar contra costumbres religiosas ó nacionales, que se formaron al amparo de dogmas que ya hoy declinan y que se hallan en contradicción con los nuevos principios que van apareciendo (1)!»

Y el profesor Ferri contestaba: «Pero precisamente en la *posibilidad de interpretaciones diversas y ambiguas* advierte Tarde un defecto del criterio de los motivos jurídicos ó antijurídicos, cuando pone el ejemplo de quien, sólo por sentimiento religioso, empujase á la víctima, en virtud de su ruego, bajo el carro de Budha ó á la hoguera del difunto marido. Ciertamente, dice el crítico, la religión no es cosa antisocial,

(1) Véase la segunda edición (Fratelli Bocca, Turín, 1884) del *Omicidio-suicidio*, pág. 73.

y sin embargo, en estos casos la ley penal debe oponerse á la bárbara costumbre, pues muchas veces la misión de la ley es ésta. Y lo mismo repite en el caso del duelo, cuando se da muerte á otro sólo por obedecer á la costumbre, la cual tampoco puede ser considerada como cosa antisocial. Ahora bien; yo digo que tanto en los primeros ejemplos como en éste del duelo, debe admitirse la impunidad, dada la determinación por motivos sociales, como son precisamente el respeto á la religión y á la costumbre. Veamos los hechos: ¿existe ó no existe, ahora, este sentimiento religioso que ha impelido á Fulano á dar muerte á un semejante suyo con consentimiento del mismo? ¿Existe ó no existe, ahora, esta tiranía de las costumbres que arrastra á otros al duelo en aquellos casos excepcionales y graves para los cuales es impotente el ministerio de la ley? Si se contesta afirmativamente, nos encontramos frente á individuos no peligrosos, y sería un celo excesivo é injusto el castigarlos para reparar un peligro que no existe. Por otra parte, ¿le corresponde á la ley penal la corrección de las costumbres? Ciertamente que no; costumbres y leyes siguen el curso natural de las cosas, y unas y otras son determinadas por el ambiente (1).»

Esta discusión, ya de por sí importante por el

(1) Véase *Omicidio-suicidio,* antes citado, pág. 111.

valor de los campeones que la sostienen, adquiere un gran interés á nuestros ojos, porque da lugar á que se comprenda el alcance práctico del *principio ideal* de la pena. No nos atreveremos á erigirnos en árbitros y á decir quién de los dos contendientes tenga razón; nos bastará notar que si el *principio ideal* es verdadero, la argumentación de Tarde es inatacable, puesto que lo que él dice son precisamente los corolarios que derivan de aquel principio. Si no se niega que tanto los hombres como sus instituciones, deben obedecer á una ley *ideal,* por virtud de la que la realidad del mañana no surge como un fruto espontáneo de las simples fuerzas naturales (en sentido estricto), sino que se *prepara* y se *elabora* en la realidad del hoy, es preciso también admitir que el Estado no puede dejar que las costumbres sigan su curso natural y fatal; es preciso admitir también una verdad muy sencilla, que es que «el verdadero progreso civil debe por fuerza caminar sobre estas dos ruedas: leyes que corrigen á las costumbres y costumbres que corrigen á las leyes (1)».

Y puesto que poco antes se habla del duelo, bueno es advertir que el fundamento principal de su incriminación debe buscarse en el *principio ideal* de la pena, por lo que no se puede menos de suscribir completamente á las siguien-

(1) Carrara: *Programa,* Luca, 1877, § 638, nota.

tes líneas del honorable Zanardelli: «Mas, aun considerando la cuestión bajo el aspecto que la considera quien cree que el remedio contra el duelo debe buscarse en la fuerza de las costumbres, en los progresos de la opinión pública, el legislador no podría dejar de incriminarlo. En efecto, la ley, aun independientemente de la eficacia directa de sus cauciones, debe proponerse la misión de gravitar sobre la opinión pública; debe, con la autoridad moral, inseparable de la reprobación que inflige, ayudar al sentimiento público á vencer los prejuicios, los cuales, por el contrario, se harían más permanentes y más fuertes con la permisión inherente al silencio de la ley (1).»

§ 31. Para que quede más en claro el principio de que se trata, no serán inútiles algunas otras observaciones que dibujen ligeramente lo que podría llamarse su *aspecto político*.

El principio referido introduce en la determinación de la necesidad social, á que debe proveer la ley punitiva, un elemento que no es fácil ver, por cuanto el mayor número de los hombres percibe aquella necesidad en su parte más burda, más inmediata, con la cual está en incesante contacto (realidad presente), y no tiene ojos para ver la otra parte, que se escapa al do-

(1) *Informe ministerial* acerca del proyecto del Código penal italiano de 22 de Noviembre de 1887, núm. CXII.

minio de sus pensamientos y de sus acciones habituales y se le esconde en el seno de lo incierto y de lo fortuito (realidad futura); esta última sólo puede ser dignamente apreciada por las minorías elevadas en la escala psíquica. Pues bien; nosotros decimos que la función de la pena es completa cuando ésta, aun moviéndose en el terreno de la realidad, tiene los ojos fijos en el ideal, y que tal principio hace necesaria en ciertos casos la oposición de la ley contra las costumbres. Pero esto no son más que fórmulas. En el campo de la práctica, ¿hasta qué punto debe preocupar al legislador el pensamiento y cuidado de un porvenir ideal para modificar las resoluciones que le habría aconsejado tomar el solo pensamiento del presente? ¿Son las costumbres lo que indica una divergencia de los grandes principios morales profesados en una época dada, del movimiento y de las tendencias generales de la civilización, de manera que la ley debe atajarles el paso, ó, por el contrario, es la ley lo que se aleja de aquellos principios y de aquel movimiento? He aquí algunas preguntas que para muchos son inútiles, porque no pueden contestar á ellas.

Por consecuencia, el *principio ideal,* lo mismo en la ley punitiva que en todas las otras, no tiene como representante más que á una escasa minoría del pueblo; sólo ella puede actuarlo; esta es su misión, importante y nobilí-

sima, en la formación de las leyes. Claro que esto modifica algo la teoría constitucional moderna. El principio en que la misma se apoya, y partiendo del cual se desenvuelve más ó menos coherentemente, es que todo poder en el Estado emana de la voluntad del mayor número; que la soberanía reside en la nación. Pero precisamente esta última idea mostró en los tiempos más próximos á nosotros la necesidad de limitar la omnipotencia de las mayorías, como la llaman, templándola y limitándola con el derecho que las minorías tienen á hacerse representar, á fin de que la soberanía del pueblo adquiriese su expresión más completa y más genuina. Ahora, la doctrina del *principio ideal* limita el poder del mayor número de un modo bien distinto de aquel cómo lo hace la llamada *representación de las minorías.* Esta representación abre la puerta de las asambleas políticas á un grupo, más ó menos exiguo, de diputados que en las discusiones de los Códigos pueden sostener libremente sus tesis predilectas, pero que en último caso tienen que dejar expedito el paso á la opinión de los más, á la cual le basta con serlo, independientemente de su intrínseca racionalidad. Por el contrario, la minoría de que nosotros hablamos no desciende á semejante terreno; cuando el combate comienza, su obra está ya realizada; con la enseñanza de la cátedra y de los libros, con el largo é incansable

apostolado, con el concurso que presta á la redacción de los proyectos legislativos, ha dado ya entonces vida á un conjunto de fuerzas que gravitan inexorablemente en la lucha y que son las que muchas veces deciden de la suerte de ésta. No por no estar escrita en Código alguno, por tener una forma poco manifiesta á la vista vulgar y una acción menos inmediata, es la función de esta minoría menos segura en su ejercicio y menos importante en sus efectos.

Estas ideas no son, como he demostrado en otro lugar (1), meras abstracciones teóricas, sino que los hechos las confirman de un modo completo. Si observamos en los Estados más civilizados el momento en que se realiza una determinada reforma legislativa y lo ponemos en relación con las condiciones del sentimiento público, veremos que entre la una y el otro no hay jamás acuerdo completo: la reforma, aun siguiendo una dirección que más ó menos perfectamente está ya en la conciencia común, se actúa, en el caso concreto, cuando todavía no está madura para ella dicha conciencia, y tal reforma es precisamente una fuerza que determina el necesario progreso de ésta.

Y como, á medida que avanza la civilización humana, va adquiriendo más y más importancia la consideración del porvenir, tanto en los

(1) En mi libro *La Cuestión de la pena de muerte en la filosofía científica*, traducción española, Madrid, 1892.

particulares individuos cuanto en los agregados sociales, y las idealidades (en nuestro sentido) se van cada día convirtiendo en faros más luminosos en las grandes vías de la historia, resulta que en los consorcios civilizados va adquiriendo una nobilísima dignidad la función de una clase insigne de ciudadanos que diga prácticamente á sus semejantes: «Esto es lo que os debéis á vosotros mismos y esto otro á vuestros sucesores.» De esta suerte se forma una nueva aristocracia, abierta á todo el mundo que quiera entrar en ella, orgullosa de sus deberes más que de sus derechos, la cual no se opone á los principios democráticos, antes los completa y los eleva á la más alta cima de su evolución (1).

---

(1) Esta idea juvenil de una ley ideal en que debe inspirarse y á que debe obedecer la función del Estado, no sólo se ha mantenido firme en mi espíritu, sino que á cada paso del camino que vengo recorriendo ha adquirido mayor importancia y amplitud, y ha concluido por ser uno de los principios directivos de mi acción científica. A la luz de la misma se ven bastante claros algunos graves problemas, quizá los más graves de la época, en el orden especulativo y en sus consecuencias prácticas; por ejemplo, el de la ingerencia que el Estado debe ó no debe tener en lo que se llama la *lucha natural por la vida*, ó, más especialmente, en lo que se llama la *lucha* ó la *concurrencia económica.* De estas más amplias aplicaciones de dicho principio espero dar alguna mayor explicación en un futuro trabajo.

CAPÍTULO VI

Auxiliares de la pena.

§ 32. El delito es un mal á que se oponen en toda sociedad adelantada una infinidad de fuerzas, de manera más ó menos directa, con mayor ó menor eficacia, previniéndolo ó atacándolo cuando ya se ha realizado.

La religión y la moral, cuyo valor intimidativo, como leyes que van acompañadas de sanciones particulares, es bastante menor de lo que generalmente se cree, como hemos visto parangonándolo con el valor intimidativo inherente á la pena (§ 23), tienen, por otra parte, una función educativa importante en la lucha contra la delincuencia. Sobre todo, si coinciden con otras condiciones favorables de distinto orden, ora templan el carácter de manera que huya de las acciones no honradas, ora, por lo menos, le quitan la impetuosidad y la violencia, que son en gran parte la fuente de aquellas acciones, ó impulsan la vida del hombre por senderos en los cuales no son muchas las ocasiones de hacer el

mal. Si nace un niño de débil constitución moral en una familia cuyas costumbres son puras y en la que se guardan las exigencias sociales, además de los buenos ejemplos, los cuales oponen algún obstáculo directo contra sus tendencias innatas, aquella familia lo dedica á una profesión, á un arte, á un empleo en el que dichas tendencias no encuentren un terreno á propósito para desarrollarse.

Entre las sanciones de la ley moral hay una que merece particular mención, porque su importancia y las relaciones que mantiene con el sistema político de cada país le dan una fisonomía propia, acentuada, en la serie de los efectos que emanan de la violación de la ley indicada. Esta sanción es la *censura pública,* la cual, con respecto á determinadas clases de la sociedad, tiene una gran eficacia, tanto mayor allí donde las costumbres civiles están muy adelantadas. En todo Estado, desde los más pequeños centros hasta la capital, hay un orden de personas que para las funciones que desempeñan tienen necesidad del sufragio popular, que las sostiene en el ejercicio de su autoridad y las conserva ó las retira de su función, según haya sido la manera cómo hayan cumplido los deberes inherentes á aquélla. Ahora, aun cuando varios publicistas quieren establecer una distinción absoluta entre la vida privada y la vida pública, lo cierto es que la práctica de los pue-

blos libres se les va mostrando cada día más contraria, exigiendo de todos aquellos que ejercen funciones algo elevadas en el Estado, especialmente si son electivas, que no se manchen con acciones no honradas, ni aun en la esfera de la conducta privada. No hay duda de que todavía queda mucho camino que andar; pero ya hoy puede decirse que para muchas personas la *censura pública* constituye el freno principal para apartarlas del delito y de la inmoralidad en general. El mayor órgano de esa censura es la prensa; los mismos excesos á que ésta se entrega no pocas veces y los escándalos que de ello provienen dan una idea del grado de poder que alcanzará la reprobación del público, cuando aquellos que son llamados á manifestarla comprendan la santidad de su mandato y las obligaciones de moderación y de equidad que el mismo impone.

Otra serie de fuerzas contrarias al delito se resume en la palabra *educación,* entendida con cierta latitud, de suerte que comprenda, no sólo el magisterio educativo en la familia y en la escuela, sino además el que se desarrolla en algunas sociedades y corporaciones particulares. El ejército con sus reglamentos y su disciplina, con sus tradiciones, con los ejemplos, etc. desarrolla en los soldados el sentimiento del honor y de la delicadeza, el cual los salva no pocas veces de las caídas criminosas; y la vida militar

sería verdaderamente beneficiosa si fuese más conforme con las doctrinas políticas modernas, según las cuales no se debe comprimir en el soldado al hombre y al ciudadano, ni reducir la defensa de la patria y del derecho á una simple carrera más ó menos privilegiada. Igualmente, hay entre los obreros, y aun en la burguesía, ciertas asociaciones que desarrollan el sentimiento de la templanza, el de la previsión, el de la caridad de unos para con otros, las cuales todo lo que hacen para encaminar al hombre por la ancha vía de la dignidad y de las buenas costumbres, otro tanto los separan de los tortuosos senderos del delito.

Resulta, pues, que la pena no es el único medio con que se combate la criminalidad, sino que está ayudada por instituciones y leyes sociales, que, aun cuando no tengan por fin propio la lucha, antes bien se propongan otros fines especiales, sin embargo, cooperan á la misma de una manera notable.

§ 33. Entre las fuerzas auxiliares de que hablamos, merecen ser consideradas aparte las jurídicas, por su próximo parentesco con la pena.

Fácilmente se entiende que la naturaleza del derecho es por sí misma obstativa de toda delincuencia, sea grande, sea pequeña, pues ésta, antes de violar la ley penal, viola la ley del derecho en general, y que constituyendo el de-

recho como un inmenso árbol que se propone en último caso una sola meta suprema, entre las varias ramas del mismo deben existir relaciones de mutua dependencia y cooperación. Ahora, fácil es comprender cuáles serán estas relaciones. El derecho preventivo disminuye las ocasiones favorables al delito, se opone al uso de medios idóneos para delinquir, vigila á los individuos peligrosos; el derecho internacional ofrece armas para perseguir al delincuente más allá de las fronteras del Estado; el derecho civil, garantizando la justicia entre los particulares y reafirmándola con decisiones solemnes cuando se falta á ella, cierra la puerta al espíritu de represalias y de venganza, fuente de muchos delitos; y así las demás ramas del derecho.

Pero lo que hay de especialmente notable en todo esto es la manera cada vez más enérgica y más amplia con que el Estado va realizando la prevención de los delitos. Para tener una idea de ello, basta con detenerse un poco en lo que se refiere á la infancia y la juventud abandonadas.

Es un fenómeno consolador el de la actividad que, especialmente en algunos pueblos, se despliega en favor de los jovenzuelos díscolos, abandonados, ó de los que no se cuidan sus padres, proporcionándoles una instrucción y una educación que los preserve de las caídas criminosas, y les ofrezca medios de vivir honradamente, ó á lo menos vigilando para que no sean perver-

tidos por ocupaciones y ambientes funestos. La idea de que la cura preventiva de la criminalidad y de las demás enfermedades sociales hay que hacerla sobre las plantas jóvenes va adquiriendo de día en día nuevos secuaces, y los resultados ya obtenidos hacen concebir las mejores esperanzas para el porvenir. El fenómeno es tanto más consolador, cuanto que en algunos países vemos que la iniciativa privada se une á la del Estado y acaso la supera. Pero aquí sólo debe ser considerada la primera.

En Inglaterra, Gales y Escocia habia en 1883 62 *escuelas de reforma* autorizadas, 133 *escuelas industriales* y 11 *escuelas industriales para solo el día,* bajo la vigilancia del ministerio del Interior. En este mismo tiempo se autorizó en España, por medio de real decreto, la fundación de un *asilo correccional* y de una *escuela de reforma* para los jóvenes corrompidos y privados de medios de subsistencia, menores de diez y ocho años, para los menores sobre los cuales se declare impotente la autoridad paterna ó la tutoría, para los niños mayores de nueve años á los cuales no se les pudiera declarar criminalmente responsables por falta de discernimiento. En Holanda existen los reformatorios de Alekmaar Ommen para los jóvenes y de Montfoort para las jóvenes. En el gran ducado de Baden se presentó á la primera Cámara, el 10 de Febrero de 1866, un *Proyecto de ley concerniente á la edu-*

cación forzosa de los jóvenes, para dar una idea del cual, basta con transcribir el § 1, aprobado por la primera Cámara en los siguientes términos: «Los jóvenes que no hayan cumplido diez y seis años de edad pueden ser recogidos, á causa de su descuidada conducta moral, previa sentencia judicial, en una familia elegida al efecto, ó bien en un instituto de educación y de corrección, si su bienestar moral corre peligro á consecuencia del abuso del derecho de educación ó por grave descuido por parte de los padres ó de otros tutores, ó bien si, con respecto á su conducta, la potestad educadora de sus padres ó de otros curadores y los medios disciplinarios de la escuela, se demuestra ser insuficientes para impedir su completa corrupción moral.» En Hungría, á principios del año 1884, publicó el ministerio de Justicia un reglamento para los institutos de corrección que habían de establecerse, según el cual se recogerían en estos establecimientos los jóvenes delincuentes hasta los veinte años, castigados ó libres de pena, los jóvenes mendicantes, huérfanos, privados de medios ó con impulsos inmorales; é inmediatamente se fundó un instituto en la aldea de Aszod, y se pensó construir otro en Transilvania. En 1883 empleaba Prusia, para la educación forzosa de los niños abandonados, millón y medio de marcos al año. Una ley de 11 de Mayo de 1884 creó en el cantón de Berna *casas de trabajo* para los

adultos ociosos y para los menores que hubiesen sido condenados á alguna pena ó que se dedicasen al vicio. En Francia, el departamento del Sena cuenta unos 47.000 menores bajo tutela, patronato ó protección, con un gasto de seis millones de francos, y todos los otros departamentos reunidos cuentan 92.000, con un gasto de nueve á diez millones de francos. En Italia se ha hecho todavía poco, aun cuando los buenos resultados obtenidos de algunos institutos, como el *Coletti,* de Venecia, deberían estimular á aumentar los medios y extender la esfera de acción del mismo. Pero, por desgracia, nos encontramos con otras necesidades más urgentes, á las cuales no podemos dar satisfacción. En América, algunos Estados de la Unión (en donde la caridad privada gasta anualmente 38.000.000 de pesetas en favor de los niños abandonados) han atendido por medio de leyes especiales, no sólo al asilo de los niños, sino también al mantenimiento y á la buena educación, que deben recibir en las familias, cuando no es el caso de ordenar su ingreso en asilos de corrección (1).

§ 34. Hay, por tanto, una *reforzadura social y jurídica de la pena.* Ahora surge la cues-

---

(1) Estos datos, tomados para la primera edición de la *Rivista di discipline carcerarie,* año 1886, y fasc. 1-2-3-4, 1887, podrían, afortunadamente, aumentarse, y se deberían aumentar si no se adujesen aquí tan sólo por vía de ejemplo.

tión siguiente: ¿tiende esta reforzadura á aumentar en lo porvenir?

La influencia de la religión, que aún es muy vigorosa, va perdiendo terreno de una manera lenta pero continua; aun en los campos, donde hace algunos años era la fe tan viva, comienza á penetrar un espíritu de indiferencia, que es el desconsuelo de los pobres párrocos. En las incesantes quejas de éstos hay una parte de verdad.

Por el contrario, la educación va adquiriendo de día en día mayor fuerza, puesto que se multiplican los instrumentos de que dispone y se perfeccionan sus métodos, aproximándose cada vez más al fin que persiguen. Digo esto, aun teniendo en la debida cuenta los estudios de quien investiga las misteriosas leyes de la herencia y se alarma y preocupa por causa de lo que le parecen *fatalidades orgánicas*, por efecto de las cuales se hace demasiado escéptico en punto á la eficacia de la educación. En primer lugar, creo yo que los estudios referidos, en su último desarrollo, han de venir á concluir más en el sentido de que se restrinja la esfera de acción del magisterio educativo que no en el sentido de que se debilite la confianza en su poder: dirán que es una empresa demasiado ardua el tratar de corregir al adulto, pero que, en cambio, es un terreno que promete mucho fruto el de la infancia, á cuya educación hay que encaminar todos los esfuerzos. En segundo lugar,

los estudios de naturaleza biológica son por sí solos incompetentes para resolver el problema sociológico de la educación; estos estudios nos dicen las dificultades que opone la *naturaleza,* pero no miden la eficacia de los medios de que dispone el arte (1).

La *censura pública*, planta que crece llena de vida sobre el terreno de la libertad, está destinada á ejercer una grandísima influencia á medida que los pueblos se vayan adaptando al verdadero régimen democrático y á medida que se vayan perfeccionando el mecanismo y los órganos que deben ejercerla.

¿Qué debe decirse de la ley moral? ¿Tenemos datos para creer que su autoridad vaya aumentando, de suerte que la misión de la institución punitiva sea más fácil en un porvenir próximo? Sin entregarse á un ciego y placentero optimismo, cerrando los ojos ante los puntos negros, ante las grandes sombras negras de nuestra civilización; sin prestar fe á ningún dogma, ni aun al del indefinido progreso humano, es preciso admitir que la moralidad va subiendo, aunque no con movimiento uniforme, una línea ascendente. El que mueve la cabeza haciendo signos negativos, mostrándonos las cifras de la delincuencia, las cuales, en éste ó en aquel país,

---

(1) Véase mi opúsculo *Desilusiones y esperanzas en la ciencia criminal*, pág. 9.

si no crecen, tampoco disminuyen; el que, aun fuera de este campo, nos muestra los engaños, las maniobras fraudulentas, las arbitrariedades, las opresiones, que siempre existen, no obstante que hayan cambiado de forma, se precipita demasiado para llegar desde estas premisas á la conclusión. ¿Muestra hoy el público la misma indiferencia que en otros tiempos no lejanos, respecto á la criminalidad, respecto á la inmoralidad en general? No. Ahí están las sociedades de patronato para los que hayan extinguido condena, las protectoras de la infancia, el espíritu de filantropía y de previsión que anima á las mejores clases de la sociedad en la noble lucha contra el mal, atacándolo aun en sus más tiernas raíces, para demostrar que el deseo de una moralidad mayor es en nosotros hoy bastante vivo. Con esto basta. Puede suceder que maduren pocos frutos del trabajo iniciado; puede suceder que nos engañemos tocante á los medios elegidos y que haya que acudir á otros más eficaces; no importa: sólo el propósito de lograr la cura preventiva de la inmoralidad mucho más activamente de lo que se ha hecho anteriormente eleva á nuestros Estados civilizados en la vida moral. Si nuestras propias llagas nos provocan repugnancia, si la mano corre veloz en busca de los remedios, es porque somos mejores.

De entre los auxiliares de la pena, aquel cuyo progreso es más visible es el derecho preventi-

vo, el cual se encamina hacia una meta que desde luego no podemos prever, pero que es fácil adivinar sea una altura suprema, una de las obras más grandes que ha concebido la actividad del hombre. Cada día que pasa nos va dejando nuevos estudios y nuevas leyes de derecho preventivo: ora es la miseria del trabajador, mensajera de malísimos consejos, lo que preocupa al hombre de Estado, si bien hay varias causas, entre ellas las rivalidades internacionales, que absorben tan gran parte de la riqueza social, las cuáles impiden que esta preocupación produzca resultados verdaderamente fructuosos; ora lo es el creciente alcoholismo; ora lo son los niños mendigos, los niños que vagan de una parte para otra, abandonados á toda estrechez y á toda corrupción y durmiendo en la calle, ó en cuevas húmedas, de aire envenenado.

También el derecho privado y el derecho internacional van dando muestra de nuevos progresos, si bien no en igual medida. El derecho privado no es de formación moderna, ni siquiera de formación próxima á nosotros; por lo que lo largo del camino recorrido, lo propio que sucede en todos los institutos sociales, ha sido después causa de que el movimiento sea más lento. Por lo demás, una importantísima tendencia de reforma va desarrollándose en la ciencia y penetrando en la cátedra, tendencia que se propone armonizar la razón individual con la razón

social. Como vamos á ver, el derecho privado ofrece aun hoy un poderoso concurso para la lucha contra el delito, mediante la institución de la *reparación civil del daño.* El derecho internacional cooperará también verdaderamente á esta lucha cuando concluya para él el ejemplo de cruentas matanzas, de terribles iras, de cuyo encuentro resultan á millares los cadáveres, las viudas y los huérfanos; cuando tenga también un Código en el cual esté prohibida é infamada la muerte de los pueblos, lo mismo que ahora está prohibida é infamada en todas las leyes penales la muerte de los individuos. Pero, sin embargo, su auxilio al derecho punitivo crece á nuestra vista: además de los tratados de extradición, cada día más numerosos, tenemos, en materia de seguridad personal de los príncipes, algunos ejemplos de una especie de *policía internacional,* que puede ser el embrión de nuevas instituciones, las cuales asocien á los Estados para el fin de prevenir los delitos.

Concluyendo, pues, tenemos que, si se prescinde de la religión, los demás auxiliares notables de la pena, enumerados en los dos parágrafos precedentes, dan lugar á esperar en una cooperación aún más eficaz que la que hoy prestan; por lo que es lícito decir que la *reforzadura social* y *jurídica de la pena* tiende á aumentar.

§ 35. Veamos más de cerca la manera cómo

prestan esta reforzadura el derecho privado y el derecho preventivo.

El segundo obra de tres maneras: general, especial y especialísima. Por la primera se trata de proteger la paz y el orden como formas externas necesarias de la convivencia y sin atender particularmente á ninguna clase de la sociedad. Prescripciones de tal naturaleza se encuentran de ordinario en los Códigos y leyes de seguridad pública. Al contrario, con la segunda manera se mira justamente á determinadas clases de personas que se creen temibles, peligrosas, ó que pueden llegar á serlo por el abandono en que se encuentran: cuanto á las primeras, se les pone obstáculos á los medios y á las ocasiones de delinquir, y en cuanto á las segundas, se les tiende una mano que las levante y proteja. El primer fin tratamos de conseguirlo con las disposiciones de la ley de seguridad pública y del Código penal; el segundo, con las organizaciones y disposiciones protectoras de la infancia y de los inhábiles para el trabajo, de que hemos hablado poco hace. Con la tercera manera se atiende, no ya á individuos cuya temibilidad se presume racionalmente, sino á aquellos cuya temibilidad se halla plenamente demostrada por sus delitos; ejemplo típico de ella es la institución de la *vigilancia especial de la autoridad de seguridad pública* (1).

(1) Esta institución no era una verdadera pena ni aun en

Pero sea lo que quiera lo que se piense de esta distinción, lo que en nuestro caso es lo importante es otra cosa. El derecho preventivo en todas sus formas se aplica por los funcionarios judiciales (sólo habría que hacer una excepción en cuanto á las instituciones tutelares de la infancia, en las que no pocas veces tienen también una intervención importante los funcionarios administrativos). Pero los representantes de la justicia no obran siempre con el mismo carácter: cuando dirimen las contiendas privadas, son magistrados civiles; cuando someten al delincuente á los rigores de la ley, son magistrados penales; cuando deciden controversias de derecho público, como en materia de listas electorales, son magistrados administrativos, y así sucesivamente. Interesa, pues, saber cuál es el carácter con que aplican la *prevención jurídica.*

---

el antiguo Código, como puede advertirse por la colocación de la misma. El nuevo Código es todavía más claro á este efecto, y el informe ministerial lo comenta bien. «Además de tales penas—dice—y fuera de la escala penal, existen en el proyecto dos sanciones complementarias, ó subsidiarias, si así se quiere llamarlas, las cuales no son penas verdaderas y propias, es decir, no tienen una función directamente represiva, sino que se asocian á las verdaderas penas cuando haya precisión de garantizar mejor el efecto de éstas, ó las sustituyen en su aplicación cuando sea sumamente exigua la entidad del daño. Estas dos sanciones son la *reprensión judicial* y la *vigilancia especial de la autoridad de seguridad pública.*»

Podría decirse desde luego que con el carácter de magistrados preventivos. Pero esta respuesta es demasiado sencilla para ser exacta. Cuando, por ejemplo, el juez interpreta la ley de seguridad pública, no hay duda de que cumple una función preventiva. Pero cuando actúa las normas que, aun sirviendo para la prevención, están escritas en el Código penal, como, por ejemplo, los artículos 460 y siguientes del que rige en Italia (1), en tal caso, aun cuando racionalmente ejercite siempre una función preventiva, sin embargo, de hecho su carácter es el de un juez penal. Si somete al delincuente á una verdadera pena y además á la vigilancia especial de la autoridad de seguridad pública, en este caso su persona se halla investida de una doble función, puesto que á la penal se une y adhiere como accesoria la función preventiva.

La cuestión se ve aún más clara considerándola en el derecho privado.

Este refuerza la pena de dos maneras: una general ó indirecta y otra especial ó directa. Por la primera se extinguen muchos impulsos

(1) En la discusión de la ley que autorizaba al gobierno para publicar el nuevo Código penal, el ministro Zanardelli interrumpió al honorable Chimirri con las siguientes palabras: «Pero el Código penal no previene; todo él es represión.» Como respuesta á las objeciones del orador, la frase era acaso feliz; como enunciación de un principio, parece acertadisima, pero aplicada al proyecto que se discutia y á muchos otros Códigos en vigor, era inexacta.

criminosos, trayendo las controversias de los asociados á un terreno suficientemente tranquilo, en el que la batalla tiene lugar según normas de razón, en el que la modera y le imprime carácter solemne la majestad de la ley, donde por fin la hace cesar un juez imparcial, ante cuya palabra se inclinan los contendientes y él mismo obedece á principios estables y elevados. Por la segunda manera se añade un nuevo freno al de la amenaza penal; este freno es la obligación de indemnizar daños y perjuicios á la parte ofendida.

En el primer caso es evidente que los magistrados obran como jueces civiles. En el segundo hay que distinguir. Si la acción por indemnización se ejercita separadamente de la acción pública para la represión del delito, entonces los magistrados obran también como jueces civiles; pero si, por el contrario, las dos acciones se ejercitan contemporáneamente ante el mismo tribunal, entonces se hallan investidos de una doble función, puesto que á la penal va adherida como accesoria la civil.

§ 36. Una clasificación de los auxiliares de la pena no habría de tener mucha utilidad práctica, y difícilmente podría hacerse, supuesto que no existe un criterio regulador. Si, por ejemplo, tomamos como norma la importancia relativa de cada uno de los auxiliares indicados, y hacemos de ellos tres categorías, incluyendo en la

primera los jurídicos, en la segunda la religión, la moral y la educación, y en la tercera la censura pública, inmediatamente advertimos que esta jerarquía, verdadera por algún aspecto, es falsa por otros. Pase que, para la gran masa del pueblo, se coloque la religión un grado más arriba que la censura pública, antes bien, ésta para aquella masa no tiene más que un valor mínimo; pero para las que se llaman clases directoras sucede precisamente lo opuesto. Por lo que toca á los adultos, á los hombres que han adquirido la madurez de desarrollo, tiene más valor el derecho que la educación; con respecto á los niños, ocurre todo lo contrario.

En cambio, es posible é interesante una distinción fundada sobre la proximidad mayor ó menor entre los auxiliares y la pena. No debe, en efecto, confundirse el auxilio prestado por la religión, por la moral, por la censura pública, por la educación, las cuales lo prestan en su propia sede, con el que presta el derecho privado ó el derecho preventivo, los cuales á menudo lo llevan hasta los mismos dominios de la pena, de manera que casi vienen á formar la pena y sus auxiliares un todo único; y también en esta rama jurídica debe distinguirse bien la hipótesis en que los auxiliares se adhieren á la pena, de cuándo obran en un campo propio y separado. La primera hipótesis se realiza cuando, como hemos visto, el juez se halla investido

de una doble función, y en una misma condena incluye la vigilancia especial de la autoridad de seguridad publica y la pena, ó la indemnización á la parte perjudicada y la pena, ó las tres cosas juntas.

El interés de la noción de los *auxiliares adherentes* está aquí. Por un lado, nos muestra cómo es posible encontrar junto á la pena otras instituciones que formen en cierto modo con ella una sola cosa, pero que, sin embargo, no hay que confundir con la misma; por otro lado, nos explica por qué ha tenido lugar esta confusión algunas veces. La relación de estrecha proximidad se ha tomado por una verdadera identidad.

§ 37. He dado comienzo á uno de los anteriores capítulos con algunas pocas observaciones acerca de la *ambigüedad del lenguaje*, notando que dicha ambigüedad en el pensamiento científico proviene en gran parte de que en todas las materias tiene hoy el estudioso que tomar en cuenta horizontes más amplios, y advirtiendo el peligro de que la ambigüedad de las palabras se cambie en ambigüedad de las ideas. Por otra parte, no es posible renunciar á aquellos horizontes más amplios, pero hay que indicar cómo el recorrerlos con ojo avizor y con madura conciencia, conservando á la vez la idea justa, rígida podría decir, del propio terreno, no son dos cosas que se excluyen, sino dos cosas que pueden perfectamente armonizarse.

No tengo la pretensión de que las páginas anteriores ofrezcan dignamente tal prueba; no obstante, la idea que las inspira es ésta. Yo digo: no nos encerremos en la esfera estrecha de la pena; miremos á lo largo y de través, hasta donde la vista alcance, las instituciones con las que la pena tiene relaciones de más ó menos importancia; esto es necesario para conocer completamente la materia y su evolución futura, y no hay en ello inconveniente alguno, con tal que el sentido de la amplitud y de la extensión no nos haga perder el de la precisión y de la individualidad de las cosas.

Esto es lo que se debe tener presente. Caminemos cuanto queramos, pero no destruyamos ni derrumbemos á nuestro paso las piedras de los linderos; internémonos tanto como sea posible en campo ajeno, pero volvamos continuamente los ojos á la materia particular de nuestros estudios, á fin de que no se borren en nuestra mente las líneas características de aquélla. Tal recomendación, que me parece hoy oportuna en todos los ramos del saber, es oportunísima en la ciencia del derecho penal, donde las señales de una tendencia contraria son demasiado manifiestas para que nos preocupen.

En el primer Congreso de Antropología criminal (Roma, 1885) se puso y discutió la cuestión del *resarcimiento á las víctimas del delito,* que era la tesis IV de la segunda sección. El

ponente, Fioretti, defendiendo en general la doctrina de Garofalo, el cual da á la reparación del daño una gran importancia en la represión penal, dijo entre otras cosas: «El antiguo derecho romano no podía acomodarse á la idea de los informes periciales y de los largos debates para fijar la cantidad justa de los daños y perjuicios. Para las ofensas contra las personas establecía una tasa fija, lo mismo que lo hacían también las composiciones del derecho germánico; para el robo establecía que el perjudicado tuviese derecho á exigir cierto múltiplo del valor del objeto robado. Pues bien; estas acciones penales, si se las considera desde el punto de vista del ofensor, no son otra cosa que verdaderas reparaciones de daños y perjuicios; si se las mira desde el punto de vista del ofendido, son en realidad verdaderas penas. He aquí, señores, cómo la idea expuesta por Garofalo y que es perfectamente congruente con las doctrinas positivistas, de sustituir en determinados delitos, y hasta un cierto grado, la reparación á la pena, no carece de precedentes históricos. Añadiré que este principio no ha desaparecido de nuestras legislaciones sino por efecto de las teorías aprioristas fundadas sobre el prejuicio de que el derecho penal no debe perseguir otro objetivo que el de infligir al culpable una pena matemáticamente proporcionada á la falta moral. Nosotros, por el contrario, creemos que el dere-

cho penal debe perseguir además otro objetivo: el de aminorar tanto como sea posible los males causados por el delito (1).»

Para hacer más claro este razonamiento, conviene tener presente la idea misma de Garofalo, á la cual se refiere Fioretti. En la primera edición de *La Criminología* (2) se encuentra escrito lo siguiente (pág. 319): «La reparación del daño se ha convertido de esta suerte en una fórmula vana, mientras que *es la verdadera pena, la pena natural de todos aquellos delitos que no exigen necesariamente la eliminación del reo.*» Y en el mismo libro, en el *Bosquejo del nuevo sistemo represivo,* pág. 479-80, se enumeran varios casos en los cuales la coerción á la reparación debería imponerse *como pena propia y única* (3).

(1) *Actes du premier Congrès international d'Anthropologie criminelle*, pág. 361.

(2) *La Criminología* está traducida al español por el mismo traductor del presente libro. Respecto al particular que aquí se discute, puede verse el libro del propio Garofalo: *Indemnización á las víctimas del delito,* traducido también al español y con un *Estudio crítico* sobre Garofalo y la nueva escuela penal por P. Dorado.—(N. DEL E.)

(3) Justo es advertir que, después de la primera edición de este libro, no ciertamente por mérito del mismo, sino porque Garofalo es un espíritu penetrante, este autor ha indicado un cambio de opiniones, diciendo que la obligación del resarcimiento de daños y perjuicios debe considerarse «como un poderoso AUXILIAR de la pena». Véase *Nuevos estudios sobre la reparación debida á las víctimas del delito,* en la *Scuola positiva,* año II, núm. 1-2, páginas 34 y 42.

Ahora, yo estoy muy lejos de atribuir confusión á los ilustres penalistas citados. Sin embargo, creo que no se puede negar que los mismos borran casi completamente la línea diferencial entre *pena* y *reparación del daño privado*. El *resarcimiento del daño* es un auxiliar de la pena, uno de los auxiliares que deben tenerse en mayor consideración, y que, por ir en muchos casos *adherido* á la pena misma, *parece* que forma con ella un solo todo. Pero no es más que una apariencia (1). El daño privado sólo puede ser materia del derecho privado, sea cual sea en determinadas circunstancias su aspecto particular. Concedemos á Fioretti y á Garofalo que difieran bastante la deuda proveniente de un contrato, en el cual se ha podido prever la inobservancia de la convención y rodearse, por tanto, de las convenientes garantías, y la deuda proveniente de un hecho que no solamente ha violado una regla de conducta convenida entre dos personas, sino una regla de conducta uni-

(1) Tarde cree (*Archives*, etc., tomo v, 1890, pág. 451) que mi noción de la pena no autoriza para negar el carácter penal á la reparación del daño, porque, según él, la condena á esta reparación puede producir un dolor sensible y hasta vivísimo. Pero recuerde el ilustre crítico que para mí no todo dolor infligido por el Estado es pena (de otra suerte, muchísimas condenas meramente civiles podrían confundirse con ésta), sino únicamente aquel que se quiere producir deliberadamente, como tal dolor y por serlo; en otros tiempos con fines de expiación, de venganza, etc., y hoy con el fin de que produzca público ejemplo.

versalmente aceptada (1). Esto es cierto en cuanto se refiere á la cualidad de la deuda. Pero ¿quién es el acreedor? El individuo. Luego no es un asunto de derecho público, no es un asunto que corresponda al derecho penal, en cuanto éste exige, por decirlo así, los créditos de la colectividad, pero no los del particular.

Y no somos nosotros solos los que creemos que la doctrina de Garofalo y de Fioretti comprometa la distinción entre *resarcimiento de daños* y *pena*. En el seno del mismo Congreso hubo quien lo creyó así. En efecto, Precone notaba: «Establézcase, pues, la obligación del resarcimiento, y, sobre todo, hágasela más eficaz en su ejecución práctica; pero no se confunde la indemnización con la pena, en su naturaleza específica (2).» Y Berenini: «No hay que olvidar que la sociedad castiga en vista de un interés general, y que la reparación del daño no es sino un acto que se realiza en el circulo de las relaciones individuales (3).»

Como es sabido, se ha constituido una *Unión internacional de derecho penal* (á la que me honro pertenecer), la cual quiere permanecer indiferente en medio de las controversias de las varias escuelas y conservar de un modo especial

(1) *Actes du premier Congrès international d'Anthropologie criminelle*, lugar citado.
(2) *Actes*, etc., pág. 374.
(3) *Actes*, etc., pág. 376.

su libertad de crítica con respecto á las nuevas doctrinas de la escuela positiva italiana. Ahora, en el núm. II de su *Boletín*, en el *rapport* del profesor Eduardo Gauckler acerca de la cuarta tesis del Congreso de Bruselas, se lee: «Desde luego, y esta consideración es decisiva, la distinción que pretende hacerse entre la pena propiamente dicha y el envío á una casa de educación correccional (para tomar el ejemplo más práctico) es absolutamente irracional. En efecto, en la lucha contra la criminalidad, que es también el objeto del derecho penal, es necesario poder aplicar los medios de represión más eficaces en cada caso particular. Unas veces será la prisión, otras la multa, y otras la simple sumisión á un sistema particular de educación, etc., etc. Todos estos medios constituyen con el mismo título otras tantas medidas de represión, otras tantas penas, tomando esta palabra en un sentido muy amplio. La idea de que la pena implica un cierto mal, aun cuando exacta desde el punto de vista histórico, debe desaparecer hoy del derecho penal positivo. Para nosotros, pena es toda medida de represión, de preservación ó de corrección, dictada por la ley penal.»

Ahora bien; yo, por mi cuenta, no dudo en declarar (quizá las palabras sean un poco duras, pero el pensamiento es, como siempre, respetuoso para con todo el mundo) que si estas

ideas han de ser aceptadas, si constituyen el programa de los nuevos tiempos, va á inaugurarse en la ciencia criminal un gran período de confusión, una mezcolanza caótica, en que será imposible orientarse y entenderse. Sería, concedámoslo por un momento, un caos fecundo, en el cual se elaborarán los elementos de una vida futura mejor; será una Edad Media, sobre la cual se levantará, con ala veloz y soberbia, el Renacimiento. Pero ¿eran propiamente estas las esperanzas que cada uno de nosotros alentaba; era esto lo que la sociedad, angustiada por males cuyo remedio no se puede retardar, esperaba de los nuevos campeones de la ciencia? Se dice que la idea de que la pena implique un cierto mal debe desaparecer del derecho positivo. Pero antes debería preguntarse si es cierto que en la conciencia común, en el lenguaje que hasta ahora han usado los pueblos, la *pena* no significa precisamente *mal, dolor,* y si este significado no es esencial á la misma. En este caso es un verdadero absurdo el que desaparezca la idea de mal y quede la pena, un absurdo como pocos ha podido imaginar la fantasía del hombre. Toda medida de preservación, de represión ó de corrección es pena, con tal que se halle escrita en un Código penal; por tanto, el que una medida legislativa sea ó no pena, ¿no dependerá de su real naturaleza, sino del accidente de hallarse ó no hallarse escrita en un Código en cuya por-

tada se ha añadido la calificación de *penal?* ¿Y pueden entrar en un sólo Código la preservación, la represión y la corrección? ¿Puede acomunarse en el nombre, en el sitio y en el fin legislativo estas tres cosas que se oponen á la criminalidad de una manera tan distinta como distinta es su naturaleza?

Quizá los vientos que corren no son propicios para semejante distinción; ahora, todo está en saber si es bueno que las cosas sean así.

§ 38. Yo comprendo, en cambio, la cuestión puesta en otros términos, y no me causa el menor miedo.

Las indagaciones minuciosas acerca del mundo criminal, unidas á las relativas al grado de bienestar, de moralidad, de seguridad del cuerpo político, producen la persuasión de que hay una clase de delincuentes á los cuales convendría mejor que la pena otro medio defensivo, sin que la sociedad de los hombres honrados perdiera nada en el cambio, v. gr., la *reparación civil del daño.* Cualquiera que sea la respuesta que haya que dar al criminólogo que venga á proponernos el cambio, se presenta en términos generales este problema: ¿pueden existir hechos criminosos para los cuales el *auxiliar penal* deba cambiarse en *sustituto (surrogato) penal?* Es decir, ¿hay formas de delincuencia de las cuales debe retirarse la pena, para las cuales debe desde ahora considerarse ésta como extinguida?

Fácil es comprender que tal problema no puede ocuparnos en estos momentos. Basta con advertir que él mismo demuestra, una vez más y de la manera más clara, que se puede caminar con los más veloces por la vía de las reformas sin destruir nada de cuanto la ciencia ha adquirido de una manera definitiva, sin arrastrar detrás de sí la ruina y la confusión. Véase el método gradual, evolutivo, con el cual es posible llegar hasta el problema indicado. Volvamos al ejemplo de la *reparación civil del daño*. Se comienza con el estudio de los *auxiliares* de la pena en general (§ 32); después se consideran de un modo especial los auxiliares *jurídicos* (§ 33); después se examina la manera cómo algunos de ellos refuerzan la pena (§ 35); con esto se viene al concepto de los *auxiliares adherentes*, que á primera vista parecen formar un todo único con la pena, y que comprenden precisamente la indicada *reparación* (§ 36); por fin, se admite en hipótesis que este auxiliar, ú otro del mismo valor, sustituya á aquello de que hasta ahora era un simple cooperador. De esta suerte, por sucesión estrictamente lógica, la doctrina de los *auxiliares* se enlaza con la de los *sustitutos (surrogati) penales*.

Ahora, conviene advertir que no deben confundirse estos últimos con los *sustitutivos* del ilustre profesor Ferri, los cuales corresponderían á nuestros *auxiliares*. Este autor ha prefe-

rido llamarlos de aquella manera, porque su punto de vista es diferente. Nosotros consideramos la pena en sí, en su propio valor específico, y llamamos *auxiliares* todas aquellas instituciones que facilitan su misión, mientras que aquél la considera en el círculo de los instrumentos con que la sociedad libra la batalla contra el delito, y llama *sustitutivos* á aquellos que, en tal círculo, deben tener la importancia que la pena ha tenido hasta ahora (1).

---

(1) *Los Nuevos horizontes del derecho y del procedimiento penal.* Bolonia, 1884, pág. 375.

Esto escribia yo en la primera edición del presente libro, pero Ferri sigue censurándome porque no lo cito *(Sociología criminal,* pág. 399.)

Y si es la pág. 136 de la 2.ª edición de los *Nuevos horizontes* lo que Ferri queria que yo citase, vea el lector cuánta ilusión de vanidad, deplorable en un hombre de su talento, sea necesaria para creer que este capítulo desarrolle ideas alli esbozadas.

Es ciertamente una desgracia para la ciencia italiana el que, aun los que menos gustan de ellas, se vean obligados á sostener discusiones de esta naturaleza. Procuremos al menos sacar de ellas algún fruto. Yo, pues, aprovecho la ocasión para añadir algunas aelaraciones al texto.

Cuando digo que los *sustitutivos* del profesor Ferri *corresponderían* á los *auxiliares* cuyo concepto hemos dibujado, parto de una correspondencia muy burda, es decir, más bien en la exterioridad que en el valor intrínseco. No debo hacer comparaciones, ni poner de relieve el método con el cual he llegado á la idea de los auxiliares y la precisión que la misma tiene, y por la cual se diferencia de la acumulación caótica de palabras, que en la práctica no sirven para nada. Sólo para evitar equívocos confirmo la opinión que ya en otra parte *(La Nueva tendencia en las disciplinas criminales,* pág. 15) hube de manifestar á propósito de los *sustituti-*

vos penales, é invito al lector á meditar acerca de lo que tocante á los mismos ha escrito un colega de Ferri, el ilustre Garofalo, en la pág. 194 de la *Criminología*, y lo que había escrito en la 1.ª edición italiana desde la pág. 191 á la 201. Aun atenuando y dulcificando el lenguaje, como se acostumbra entre correligionarios, me parece que se indica de un modo visible la poca importancia y la superficialidad de aquella doctrina de Ferri. En un cierto sitio se exclama: «El decir que con estos «medios» decrecería la criminalidad, es lo mismo que decir que una sociedad mejor educada para el trabajo y para las ideas de orden y de previsión produce menos delitos» (pág. 200).

CAPÍTULO VII

Decadencia de la pena.

§ 39. Al leer el título de este capítulo no se me podrá ciertamente acusar de irreverencia para con la institución penal, por cuanto las ideas desarrolladas en todo el curso del trabajo, y especialmente en algunos lugares del mismo (§ 23), me defenderían suficientemente de esta acusación. Otra es la que yo temo. Podría decirse: ¿Cómo justificáis vuestras iras para con los escritores que no se muestran muy partidarios de la personalidad de la pena, que no se paran tanto como vosotros querríais en el examen de sus caracteres específicos, si es una institución en decadencia? Y, sobre todo, ¿qué vínculo lógico puede existir entre el capítulo anterior y el presente? ¿Por una parte, hay tantas fuerzas, viejas y nuevas, antiguas y nacidas ayer y que cada día van adquiriendo mayor vigor, todas las cuales ayudan á la pena, y, por otra parte, ésta va marchando á su ocaso? Lo que llamáis *reforzadura social y jurídica de la*

pena, ¿no será, pues, en realidad, otra cosa que su diminución?

No es quizá difícil dar una pronta contestación á estas preguntas. Pero mejor es que conteste indirectamente la demostración de nuestra tesis, de la cual resultará que pueden ser errados los principios desarrollados en este libro, pero que están unidos por un vínculo lógico indisoluble.

Antes de nada, hay que poner claramente la cuestión.

Se dice que un hombre está muerto, cuando, pálido y mudo, ha cerrado para siempre los ojos á la luz. En un lenguaje menos superficial, debe decirse que está muerto cuando han desaparecido todos los caracteres que constituían su naturaleza de viviente, ó, dicho de un modo más breve, su naturaleza. El ojo educado para ver las profundidades de las cosas no se deja engañar por la aparente discontinuidad, sino que quizá le parecen más próximos el estado de la agonía y el de la primera hora de la muerte de cuanto lo sean el estado de la agonía y el de la juventud exuberante y feliz. Porque la muerte no rompe la cadena de los cambios; es tan sólo el punto en que aquéllos, sucediéndose con la mayor lentitud ó con fulmínea rapidez, han concluido por abolir á nuestros ojos la naturaleza del hombre viviente. Pasemos á las instituciones sociales. Aquí la muerte repentina es

la excepción, no la regla, es decir, que los cambios en virtud de los cuales una institución va perdiendo su naturaleza, se suceden con mucha lentitud, y, por tanto, pueden perfectamente ser examinados. Hay más. En toda cosa la abolición de un carácter es el nacimiento contemporáneo de otro, lo cual no suele verse en la persona física, mientras que aquí, en las instituciones sociales, lo puede advèrtir un ojo perspicaz. En otros términos, cuando con relación á la persona física decimos que la muerte es una simple transformación, lo decimos casi deductivamente, como corolario de ciertas doctrinas científicas; pero cuando afirmamos esto mismo con relación á las instituciones sociales, afirmamos una cosa que resulta de nuestra propia observación directa.

Las instituciones sociales pueden perder sus caracteres esenciales por dos motivos: ó porque choquen contra las costumbres, las opiniones, la civilización de una época determinada; ó porque la utilidad que las mismas representan disminuya en comparación á los nuevos medios de que la sociedad dispone. Ordinariamente sucede por una cosa y por otra. Cuando aquellos caracteres, sin haber todavía desaparecido, se van poco á poco debilitando; cuando vemos el desarrollarse y el coordinarse de fuerzas que gravitan sobre la institución social, obligándola á sufrir transformaciones, las cuales la van apar-

tando cada vez más de su índole constitutiva, decimos que la institución decae.

He aquí nuestra tesis respecto de la pena. En efecto, nosotros creemos que se han realizado y se realizan en ella cambios que debilitan su esencialidad, y que, en este sentido, la empuja una fuerte corriente que se ha producido en la conciencia social.

Así, pues, el estudio que ahora comenzamos se enlaza con las teorías desenvueltas en los capítulos III y IV. Cuando se consideró el relativismo penal en relación con la exigencia de una noción clara y estable de la pena (§ 13), se mostró que esta noción es posible aun en medio de cambios infinitos, es decir, que es posible tener una idea de la pena que resuma todas las varias formas que ésta ha revestido en la historia. Por tanto, mientras la teoría de la *función* sirve para distinguir una época penal de otra (§ 18), la de la *noción* proporciona el medio de conocer si estas épocas continúan todavía ó si han cesado, y el estudio que ahora comenzamos, aprovechándose de esta noción, por una parte muestra mejor su valor intrínseco, y por otra llega al conocimiento indicado.

§ 40. La pena es un mal que el Estado inflige deliberadamente al reo (§ 15).

Considerando á la luz de esta idea la escuela de la *enmienda*, no me ha costado mucho trabajo mostrar en qué consiste su error (§§ 16 y

19); me bastó con decir que, debiendo ser para ella la pena el remedio que produce la cura moral, no sería el mal del culpable, sino su bien, el mayor bien imaginable, es decir, que no sería pena; de lo que es legítimo inferir que dicha escuela desnaturaliza la institución que pretende explicar. Pero si esta consideración obliga á condenarla como escuela penal, no por eso se disminuye su valor en el campo inmensamente más extenso de los medios represivos del delito. En este campo significa que en el pensamiento científico moderno hay una corriente que cree que la pena debe cambiar su índole, armonizándose mejor con las tendencias humanitarias de la época. Lo cual debía comprender perfectamente Carrara cuando se mostraba preocupado por la expansión de esta doctrina. Para quien conoce la indiferencia con que el sumo criminalista miraba otras novedades científicas, sus preocupaciones en este punto tienen una gravedad innegable. He aquí algunas líneas del *Programa:* «Yo bien sé que estos pensamientos se quedan muy atrás en la corriente del siglo. En los criminalistas modernos crece de día en día el entusiasmo por la doctrina de la *enmienda del reo.* Poco se necesita para advertir que en el momento actual este es el punto culminante que reclama las meditaciones del jurista. La onda del siglo se mueve en este sentido como marea creciente. Si las nuevas tendencias se

apoyan en la verdad, es necesario reconstruir toda la ciencia penal (1).»

Por otra parte, la escuela de antropología criminal, en varias formas, según las preferencias de método y de lenguaje de sus escritores, va exigiendo á la pena algo que luche más de cerca contra el delito, y se pliegue á las exigencias de esta lucha; extendiéndose á ser una verdadera curación jurídica de la delincuencia, dolorosa ó no para el particular curado. Si el delito, dice esta escuela, es una *enfermedad social,* no debe hacerse otra cosa más que buscar el *remedio eficaz* para cada caso (2); toda otra consideración es superflua. Supongamos por un momento que tenga razón. Pero también tiene razón Poletti para decir: «La pena no puede ser un remedio; ellos (los autores que sostienen esto), se encaminan hacia otros sistemas sin apercibirse.»

«Sin apercibirse», no es propiamente la frase que debe emplearse. Más atrás he recordado que Ferri, Benedikt, Dally, Puglia, muestran no estar contentos con la palabra *pena,* y prefieren otra más idónea, por lo que yo no me atreveré á afirmar que estos ilustres hombres y varios otros compañeros suyos no se percaten en

(1) Nota al § 645.

(2) Conocidas son las incisivas palabras de Garofalo, que ya he recordado: «La pena es para nosotros el *remedio á la falta de adaptación* del reo.»

cierto modo á dónde va á parar su doctrina. Pero me parece que sin temeridad puede decirse que la escuela á que pertenecen, en su conjunto (y aparte las excepciones), no tiene clara conciencia del verdadero alcance de los principios que sostiene; que no tiene clara conciencia del siguiente hecho sobre el cual no se insistirá nunca bastante: que el mal del culpable es un carácter esencial á la pena y que prescindiendo de él, se prescinde de la pena.

He aquí, por consiguiente, mi pensamiento en cuanto á las dos escuelas (las cuales se tocan desde el presente punto de vista): en cuanto quieren afirmarse en la ciencia del derecho penal con bandera de reforma, van descaminadas, porque no advierten que su programa no modifica, sino que suprime la pena; si, por el contrario, se presentan tal como son, como escuelas adversarias de la pena, entonces su posición es perfectamente regular y nada hay que objetarles en este sentido. Pero mientras no ocurra esto, no será posible disimular la sustancia de ambas escuelas, que es, repito, el representar una corriente científica contraria á la pena, corriente que hay que tener en grandísima consideración.

¿Procede dicha corriente libre y sin obstáculos en su camino?

El que así lo afirmase olvidaría que hay otra escuela, en la cual militan ilustres campeones, vigilante, en armas, la cual se muestra decidida

á luchar hasta consumir el último cartucho en favor de la integridad de la institución penal. Dicha escuela, en Italia y fuera de Italia, no obstante diferencias secundarias, se repliega bajo la bandera de la *tutela jurídica,* y en algunos países tiene todavía una grande autoridad, si bien se halla ya removida por la corriente de los nuevos tiempos.

Mas es preciso hacer una observación.

Ocurre con frecuencia que entre dos partes que contienden por un principio se verifique un influjo mutuo; por lo que las afirmaciones de una parte pierden algo de su carácter absoluto y rígido, mientras que las negaciones de la otra parte se debilitan y se restringen. Esto acontece siempre cuando el principio afirmado tiene en su favor el porvenir: la historia de todo progreso humano se forma siempre por medio de estas transacciones. Mejor que en parte alguna puede verse ésto en la vida de los Estados, donde casi siempre las reformas políticas no vienen á reducirse á otra cosa en el fondo que á un compromiso entre los dos partidos, conservador y radical.

Ahora bien; una cosa análoga le ha ocurrido á la escuela de la *tutela jurídica,* la cual, al mismo tiempo que combatía á la escuela de la *enmienda,* ha absorbido, puede decirse, en el robusto organismo de sus ideas, algo de la doctrina contraria. Ella no se apercibe de esto, sino

que cree firmemente que no ha hecho concesión alguna, que no ha cedido ni un solo palmo de su campo de batalla. No hay mal alguno, dice, antes bien, es una obra santa, el que, al ejecutar la condena, se procure la enmienda, siempre que ésta no se convierta en fin primario de la pena. Atended—añade—á la reforma moral del culpable, pero siempre de un modo subordinado á la índole y á la función del magisterio punitivo. Sea. Pero ahora dejemos la teoría y vengamos á la práctica. Para conseguir esta enmienda, es preciso que la pena se expíe de una manera más bien que de otra, es preciso que se expíe justamente de aquella manera que puede dar por resultado el efecto apetecido. Esta manera no llegará á cambiar en placer el dolor, que debe ser el contenido de la pena, porque ya va sobreentendido el que á este hay que subordinar en todo caso la corrección, pero es imposible que no lo disminuya en algún modo. Todo cuanto se hace para que la pena sea enmendadora le quita á ésta, en sustancia, á los ojos del público y del reo, una parte del contenido dolorífico que es propio de su naturaleza. Bien se me alcanza que todavía queda mucho por hacer, pero la primer tajada (y no pequeña) se ha tomado ya.

Resulta, pues, que la escuela de que se trata, que llamaremos *penal*, en oposición á las otras dos, la *correccionalista* y la *antropológica*, las cuales se pueden muy bien llamar *antipenales*,

al aceptar las reformas penitenciarias, viene en último análisis á transigir con el enemigo, y ella misma mina por su base la existencia de la institución que quiere defender.

Y tales ideas, por virtud de las cuales se ve en el penitenciarismo una debilitación de la pena, esto es, la decadencia de ésta á medida que aquél aumenta y se extiende, tienen tanto más peso cuanto que el referido penitenciarismo, más que una corriente limitada á sólo el campo científico y doctrinal, es un hecho práctico que se va propagando más cada día en los diferentes Estados civilizados. Pocos son los legisladores que no vuelven los ojos hacia el penitenciarismo. Repetiré, pues, con Carrara: «La onda del siglo se mueve en este sentido como marea creciente.»

Y he aquí un ejemplo por el cual se ve claro que el principio de la enmienda introducido en los Códigos, aun de manera subordinada á la función de la penalidad, quita á ésta siempre parte del carácter doloroso que constituye su naturaleza.

En el nuevo Código italiano, la reforma penitenciaria está concretada en el título segundo del libro primero, reforma que, al decir de Lucchini, el ilustre profesor que ha colaborado tan eficazmente á la misma, es uno de los «puntos culminantes y luminosos» que se advierte en dicho Código. Pues bien; supongamos un individuo condenado á doce años de reclusión (grado me-

dio, puesto que el máximo es de veinticuatro años). Según las reglas establecidas por el Código, si el individuo tiene buena conducta, puede tener la esperanza de estar sólo seis años recluido, y vivir los otros seis, ó los otros tres, en uno de aquellos establecimientos intermedios (art. 14) que, por su misma institución, deben estar muy próximos á la libertad, y que, de todas maneras, le parecerán tales al prisionero. Digo «los otros tres», porque si continúa el reo teniendo buena conducta, puede adquirir una nueva esperanza, que es la de obtener al cabo de un trienio la *libertad condicional* (art. 16). Sin duda, la primera impresión es que aquí, en sustancia, se ha evaporado la mitad de la pena; pero todavía debemos mirar un poco más adentro. Se equivocaría el que viese aquí una cuestión tan sólo de cantidad. Lo que, por el contrario, hay que notar, lo que confirma nuestras ideas completamente, es que la esperanza del establecimiento intermedio y de la libertad condicional amengua el carácter doloroso de la pena aun durante el tiempo que ésta se expía en la casa de reclusión.

Esta rápida ojeada á las condiciones actuales de la pena en la ciencia y en la práctica comprueba ya suficientemente la afirmación de que la pena ha entrado en un período de decadencia. Ahora, para demostrarlo mejor, convendrá que desde el hecho nos elevemos hasta sus causas.

§ 41. Se ha dicho y se dice que la doctrina que niega el libre albedrío es antigua, como para negar todo mérito á los pensadores que recientemente la han defendido con grande entusiasmo. Pero, por otra parte, es justo observar que si dicha doctrina puede hacer valer en sus títulos de nobleza el hecho de existir hace ya bastante siglos, sólo hoy ha comenzado á recibir una demostración positiva. Porque ahora no nos limitamos á afirmar que la voluntad no puede ser libre, supuesto que tiene que plegarse, como todas las cosas de este mundo, á influencias inevitables, ni nos limitamos á indicar algunas de estas influencias, ó á observarlas un poco, con observación superficial, restringida, fragmentaria, sino que hacemos estas observaciones objeto de un estudio detenido, especial, que determina la génesis y modo de obrar de la voluntad, por donde llega casi á verse práctica y experimentalmente *cómo es* que la voluntad humana no es libre. Dicho estudio versa preferentemente hoy sobre las clases anormales de la sociedad, sobre aquellas que Sergi, con una palabra que las comprende á todas, llama *degeneradas* (1), y particularmente sobre las clases criminales; aquí es donde se ejercita, en Italia y fuera de Italia, la obra de la escuela de antropología criminal. Por esto es por lo que, entre

(1) Véase *Las Degeneraciones humanas*. Milán, 1889.

la negación del libre albedrío, que la misma sentó como base de su rebeldía contra las teorías dominantes (1), y los estudios de biología criminal, á que la misma se consagra con actividad infatigable, existe un vínculo lógico íntimo, que los críticos no debían olvidar, y que muestra cuán poco fundada es la acusación que los mismos dirigen á la nueva escuela de haber inoportunamente fundado su labor científica sobre la base de la negación del libre albedrío. La acusación justa, es, por el contrario, otra, á saber: la de haber entendido mal, por causa de la parcialidad de criterio, el determinismo psíquico (2).

El estudio descriptivo, digámoslo así, de las influencias á las que se halla sometido el querer humano (para hablar con exactitud debería decirse: de las fuerzas internas y externas de que es una resultante el acto voluntario), en cuanto á los criminales se refiere, puede dividirse en dos grandes teorías: la de las *causas orgánicas* en el delito y la de las *causas sociales* en el delito. Para la sistematización definitiva de la primera, ha acumulado en pocos años la escuela de antropología criminal muchos materiales, y ha establecido algunos principios que pueden comple-

(1) El mérito de esta iniciativa corresponde al profesor Ferri.

(2) Véase mi opúsculo *La Libertad del querer*. Madrid, 1893.

tarse, pero no contradecirse. Para la segunda teoría se vienen recogiendo datos desde hace más tiempo. Hace ya mucho, en efecto, que literatos, filósofos, publicistas, escritores de derecho, hombres políticos, filántropos, vienen acusando al consorcio social de tener su parte de responsabilidad en los delitos, aunque no todos con igual justicia y eficacia, porque hay acusaciones que se fundan en investigaciones prolijas, diligentes, largas, serenas, y las hay que sólo se inspiran en un puro sentimentalismo. Sin embargo, el camino recorrido para esta teoría es menor que el de la anterior. Apenas si ahora comienza á aparecer, por obra de recientísimas publicaciones (1), el principio de coordinación, sin el cual no es posible que haya teoría alguna.

Ahora bien, ¿qué resulta de la demostración práctica y experimental de la no existencia del libre albedrío? ¿Resulta que hay que acusar á los deterministas de proteger á los delincuentes, por cuanto, borrando todo límite entre el vicio y la virtud y mostrando que el reo es más bien la víctima infeliz de un hado inexorable que un verdadero culpable, dicen á la sociedad que arroje la espada con que hiere y que abra los brazos misericordiosos? ¿O resulta que hay que acusarles (á los deterministas) de ferocidad y terroris-

(1) Debe recordarse aquí el nombre del doctor Napoleón Colajanni, benemérito de la sociología criminal, que ha dado á luz una obra de importancia sobre esta materia.

mo, porque dando, ora comó absoluta, ora como poco dudosa, la temibilidad de muchos criminales, piden una defensa proporcionada al peligro, un remedio tan enérgico como el mal?

Ni una cosa ni otra.

El que, sin dejar de interesarse en la polémica de las distintas escuelas, cree que, por encima de ella y por encima de las escuelas mismas, están los grandes problemas que trabajan la conciencia de toda la humanidad y no sólo la de la parte que vive en las altas regiones del saber; el que, ante la naturaleza y la gravedad de tales problemas, juzga demasiado estrecho el punto de vista escolástico, este tal puede ver muy bien, con serena y libre meditación, que el determinismo en derecho criminal, si se evitan los errores de algunos de sus intérpretes demasiado precipitados (1), no borra los límites entre el vicio y la virtud, no destruye ningún gran principio moral, no desarma á la sociedad, ni tampoco la incita á hacer brutalidades irracionales é inútiles. Negada la libertad del querer, lo mismo con respecto al delincuente, que con respecto á todo hombre, no por eso se amengua á nuestros ojos el daño que producen ciertos actos, ni la necesidad de defenderse contra ellos; lo único que sucede es que aquella negación nos hace menos odiosos á los autores de tales actos, disminuye en

(1) Véase mi opúsculo citado, sobre *La Libertad del querer*.

nuestro ánimo la cólera y el desdén y aumenta la tristeza. Este será el efecto que irá generalizándose en el sentimiento común cuando la doctrina determinista en la criminología adquiera más crédito y más secuaces.

Tal efecto tiene una importancia considerable con relación á la pena. Es verdad que hoy no se castiga por espíritu de represalia y de venganza, y que, sobre todo en las clases más ilustradas, el delincuente no provoca odio; pero no es posible negar que la presencia de dicho delincuente excita, aun en los ánimos más delicados, cierto sentimiento de desdén. La pena es entendida y aprobada por la conciencia social en vista de la utilidad que de ella resulta, en virtud de lo que nosotros llamamos su *función;* pero también es cierto que al cálculo utilitario acompaña un sentimiento de satisfacción en ver padecer á quien ha hecho padecer á otros, ha perturbado la tranquilidad pública y ha despreciado las leyes de su país. Aun en el caso en que este sentimiento de satisfacción no exista, basta el cálculo indicado para que la pena exista: el reo inspira piedad; sin embargo, se le castiga porque así se estima necesario. Mas la indagación de si es necesario todavía el castigo, ó si ya ha dejado de serlo, indagación que no se inicia mientras dura aquel sentimiento, ó si se ha iniciado, se reduce á bien poca cosa, adquiere un gran valor tan pronto como dicho sentimiento se extingue y en su lu-

gar surge el de la compasión. Se trata aquí de un examen crítico que puede llegar hasta á demoler la pena. De esta suerte, la doctrina determinista en la ciencia criminal deja intactas las bases de la *responsabilidad* (como se va poniendo en claro por varios modos) y no merma nada el derecho que tiene la sociedad á defenderse contra la delincuencia, pero, si bien indirectamente, le da un no pequeño golpe á la pena y contribuye á la formación de otra institución defensiva.

§ 42. El movimiento indicado en el campo científico coincide con una mitigación general de los sentimientos que despiertan los reos, y en esta mitigación encuentra aquél el terreno más á propósito para desarrollarse.

He aquí un caso práctico que cada cual habrá podido observar de cerca en el lugar donde habite, lo mismo en la gran ciudad que en la pequeña aldea.

Se comete un delito; se encuentra muerto un hombre en medio de la calle, ó se le conduce al hospital echando sangre, á consecuencia de una puñalada en medio del pecho. No hay nadie que no haga votos por el descubrimiento del reo y que no pida el castigo de éste. Al cabo de pocos días se le echa mano á un tal Z, sobre el cual recaen gravísimas sospechas. Aun ahora dice también todo el mundo que si es reo debe purgar la pena por su delito; más aún, hay algunos

muy agitados, los cuales no ocultan su odio y piden á voz en grito un escarmiento. Pero ¡á cuántos agentes modificadores está ahora ya expuesto el deseo de ver castigado aquel hombre, y aun la misma cólera de las personas que más se conturbaron por su delito! Es padre de muchos hijos, los cuales, al verse privados de aquél, caerán en la más espantosa miseria; es hijo de un ciudadano honrado, estimado y querido en el pueblo, al cual se le van á amargar los últimos años de su vida con el dolor y la vergüenza; ha sufrido sevicias en la cárcel, ó rigores y abusos en la instrucción del proceso, etc., etc. Sólo una de estas consideraciones, ú otras semejantes, basta para modificar los sentimientos que antes inspiraba el reo. Yo no digo que se le devuelva la libertad; quizá sólo se espere para él una diminución de pena; quizá ni aun esto, pero es claro que la cólera ha desaparecido y que en su lugar se coloca muy á menudo la compasión.

Sería un grave error el dejar este ejemplo sin hacer las debidas distinciones, que limiten su alcance. Hay algunas regiones y pueblos donde, por la distancia de los grandes centros y por la naturaleza salvaje que les circunda, por tradiciones y costumbres especiales, ó por la influencia deletérea del caciquismo, la piedad hacia el reo es excesiva, y se cambia en una indulgencia en la que se ha perdido completamente el sentimiento de lo justo y de lo recto. Esto ocu-

rre también en lugares de costumbres dulces y civiles, pero sólo con relación á determinados delitos, los cuales lastiman poco la conciencia moral del público, ó con relación á una determinada clase de la sociedad, á la situada en los confines del mundo criminal.

Hechas estas advertencias, podemos volver al hecho ordinario y admitir que existe ahora en general una mitigación de los sentimientos de los buenos con respecto á los delincuentes.

Poco trabajo cuesta el averiguar los motivos de este hecho, considerando el estado presente de nuestra civilización.

Ante todo, la menor aspereza para con aquel que se ha hecho culpable de un delito responde al carácter más dulce del hombre moderno, carácter que se manifiesta en las más varias relaciones de la vida social. Es que la antigua ferocidad ha venido disminuyendo poco á poco en nuestro ánimo, lo mismo que el espíritu belicoso ha encontrado cada vez menos ocasiones para ser satisfecho y reforzado, y las ocupaciones pacíficas han adquirido mayores atractivos; hoy, las ofensas de cualquier naturaleza nos perturban, nos conmueven, provocan la venganza, pero la ira es menos furibunda, se aplaca más pronto y el perdón se abre camino más á menudo. Esta dulcificación del carácter, más que en forma negativa, se nos presenta por su aspecto positivo, en la grande obra humanitaria á que

el viejo siglo viene consagrándose, obra que comprende á todos los infelices, desde los niños sin nombre, pequeños átomos perdidos en la atmósfera social, hasta los enfermos del hospital y del manicomio, hasta los reclusos que salen á la luz sin apoyo alguno, sin tener siquiera una piedra donde reclinar su cabeza; obra humanitaria que constituirá un título de honor para esta edad, y en gracia de la cual acaso nos perdone la posteridad muchas debilidades y muchas culpas.

Además, es preciso tener en cuenta el influjo de las ideas políticas. Desde el principio de nuestro estudio hemos advertido este influjo, en forma de prejuicio liberista, en la teoría penal (§ 3), y después lo hemos demostrado (§§ 22 y 25). Pero este influjo no se limita el campo científico, sino que pesa también sobre la conciencia común, con la diferencia de que, mientras en aquél no podemos menos de censurarlo y rechazarlo, en éste hay que observarlo atentamente para ver cuáles son sus efectos, y, si conviene, investigar los adecuados remedios. El régimen de libertad que hoy gozan los pueblos civilizados, con las garantías constitucionales, con el derecho de voto, con la participación activa, y de todas maneras, en la vida de los poderes públicos, eleva el concepto de la personalidad humana y hace que repugne cualquiera cosa que parezca ofenderla ó mermarla. El principio de

que el hombre no debe ser humillado se quiere hoy poner en salvo, sean cualesquiera las circunstancias de que se trate, sean cualesquiera el grado, la moralidad, la fortuna de los individuos: por mucho que haya descendido el hombre, no deja de ser un semejante nuestro, y tiene derechos que á nadie le es lícito hollar. Por virtud de semejantes tendencias, aun al reo se le mira con ojos más benignos: caigan sobre su persona los rigores de la ley, pero que no deje de ser persona.

Hay otra causa que nos hace menos duros y severos. Prescindiendo de los recientes estudios sobre la criminalidad y de las noticias más ó menos exactas que acerca de ellos se han esparcido por el público, el hombre actual, con sólo que se halle dotado de cierto buen sentido, trata de observarlo todo y de dar su juicio sobre todo, aun sobre aquello ante lo cual se detenía el hombre de los tiempos antiguos, no cuidándose de ello ó desdeñándolo. Por lo cual advierte la existencia de precedentes, de carácter, de desventuras domésticas, de malos ejemplos, de otras mil circunstancias que, si no excluyen á sus ojos la responsabilidad, si ni siquiera la disminuyen, sin embargo, lo inducen á sentir conmiseración. En el pueblo en que yo escribo, donde la biología criminal apenas si le es conocida de nombre á algún abogado, se han cometido en los últimos años tres uxoricidios, uno

de los cuales fué acompañado de tentativa de suicidio. La atención del público sólo se fijó en dos de ellos; y si bien es verdad que los imputados habían hecho hasta entonces una vida aparentemente normal, sin embargo, fijándose en ella, se encontraron excentricidades, desigualdades de carácter, que convencieron á las gentes de que se trataba de enfermos, no de malvados. El juicio de hombres competentes confirmó luego esta opinión.

Podría decírsenos: Todo esto es cierto, pero el amenguarse el desdén hacia el reo, el mirarlo de un modo menos duro, ¿es un bien ó es un mal? Y si es un mal, una debilidad peligrosa del siglo, ¿no debe la ciencia, más que discutir, combatirlo con todas sus fuerzas?

La objeción merece respuesta, por lo que volveremos sobre ella dentro de poco.

§ 43. Pero la cuestión de los *sentimientos*, aun cuando grave, tiene siempre un valor secundario frente á la del *interés*, precisamente porque en nuestros tiempos no se castiga por sentimiento, sino por cálculo de utilidad social. Queda por ver si lo que nosotros llamamos «decadencia de la pena» se explica también, y en primer lugar, con razones que se refieren á aquel cálculo, que es lo mismo que preguntar si la institución penal va disminuyendo de valor, por lo que su base irá haciéndose cada día menos sólida.

Séame concedido (ya que es la primera y la última vez) transcribir algunas pocas líneas de mi monografía acerca de la *pena de muerte*. En la pág. 70 (1) decía: «Sea cualquiera la escuela á que pertenezcamos, nos vemos obligados á reconocer que el valor de la sanción penal va disminuyendo á medida que la civilización avanza; pues, mientras que en las épocas primitivas es uno de los pocos medios de que el Estado dispone para obtener la seguridad endo-social, ahora, por el contrario, funciona de muy distinta manera, y el Estado dispone, para lograr aquel fin, de muchos y eficaces medios. No creo que este concepto sea difícil. En una determinada época eran muy pocas las armas que se empleaban contra el delito, y á cada una de ellas se atribuía una gran importancia; luego se acrecentó el número de ellas, y como cada arma contribuía con una parte menor al fin común, perdió algo de su valor; y continuando este proceso, se llegó al punto en que las armas que antes eran las menos eficaces de todas se convirtieron en inútiles del todo. Y como es de presumir que la civilización, en su ulterior camino, irá proporcionando cada vez más armas contra el delito, puede deducirse, con perfecta lógica, á mi juicio, esta regla: que los medios de la *defensa criminal*, á través del curso evolutivo,

(1) Véase la edición española, páginas 226 y siguientes.

aumentan en número y disminuyen de valor.»

Al escribir estas líneas no tuve, ciertamente, la pretensión de demostrar el principio anunciado; pero tampoco me parecía (como creyó un crítico ilustre) que lo había lanzado pobre y solo, sin el apoyo de algunas ideas que constituyesen el núcleo de una futura demostración. Porque, aun cuando sea obvio el observar que, dada la pluralidad de medios en la lucha contra la delincuencia, su valor está en razón inversa de su número, como sucede con los factores de un mismo producto, cada uno de los cuales se amengua cuando se aumenta la serie de los mismos, sin embargo, esta observación es decisiva en la materia. Queda por averiguar si el número de los medios indicados ha crecido efectivamente, y si la importancia de algunos de ellos va continuamente aumentando. Pero ¿hay realmente necesidad de hacer tal averiguación? ¿No es la cosa demasiado evidente por sí misma?

Supongamos que no lo sea y volvamos un paso atrás, echando una mirada al cuadro que queda diseñado en el capítulo anterior. Allí hemos visto los más notables de entre los *auxiliares* de la pena, desde la religión á la moral, á la censura pública, á la educación, al derecho civil, al internacional, al preventivo, y hemos explicado cómo todo ellos, menos la religión, tienden á aumentar en importancia y eficacia; por lo cual se ha podido establecer el concepto de

una *progresiva reforzadura social y jurídica de la pena.* Concepto que se expresaba bien en estas palabras, porque no teniendo la institución penal valor por sí misma, sino por la función que desempeña, claro es que á esta última se refiere la *reforzadura,* pues de otra manera no tendría sentido. Por consiguiente, entre la teoría de los *auxiliares* y la de la *decadencia* no hay el menor antagonismo, sino coordinación íntima, por virtud de la cual la segunda se puede considerar como un desarrollo ulterior de la primera.

Cuanto más se fija uno en esta idea de los *auxiliares penales,* más se ve dominar en ellos el gran valor de la prevención jurídica. Es un campo cuyos límites se extienden continuamente y donde se dan cita todas las escuelas, olvidando las diferencias y las ásperas contiendas que las separan, y asociándose en una única fe. Los diferentes medios preventivos no serán apreciados por todos de la misma manera. Uno será escéptico con respecto á las medidas contra el alcoholismo y en cambio tendrá grandes esperanzas en las que sirvan directamente á la desaparición de la miseria; otro no se entusiasmará gran cosa con las sociedades de patronato para los expresidiarios, y dará gran importancia á las medidas contra el uso de las bebidas alcohólicas; otro pondrá su mayor confianza en las escuelas de reforma para los niños y una muy mediocre en

las sociedades de patronato y en las de templanza; y así sucesivamente. Pero todos ellos consideran al régimen preventivo como la fuerza verdaderamente eficaz y decisiva que puede oponerse á la criminalidad. Hay, pues, en nuestros días un movimiento, según el cual las mayores esperanzas no se fundan ya sobre la pena, si bien ésta continúa siendo el medio específico y más inmediato de lucha, sino que se compendian en la prevención; sucede como al aparecer de un astro más luminoso, ante el cual palidece el que antes era más esplendente. Así, el camino sobre que se levantan las instituciones preventivas es al mismo tiempo el camino por donde viene la decadencia de la pena.

§ 44. Pero si, por una parte, esta decadencia se muestra demasiado clara, para que se pueda negar, es preciso, por otra, no incurrir en exageraciones y suponer que sea más rápida de lo que es en realidad. La pena desaparecerá algún día, transformándose en una nueva institución, mejor adaptada á las cambiadas condiciones de la civilización; pero ese día está aún lejano, y mientras no llegue, tenemos que habérnoslas con ella y no podemos pasarla por alto.

Cuando hemos dicho poco ha que á las escuelas antipenales de la *enmienda* y de la *antropología criminal* se opone la de la *tutela jurídica,* decidida á luchar hasta lo último por la integridad de la pena, pero que en la lucha ha cedido

terreno á los adversarios sin darse de ello cuenta, no hemos caído en la menor contradicción ni hemos llamado la atención sobre un hecho cuya significación para lo porvenir convenga exagerar. La escuela de la *tutela jurídica,* al sufrir el influjo del ambiente que la circunda, ha abandonado una parte del campo, pero no por esto hay que creer que quiera batirse en retirada, antes bien, es seguro que defenderá el resto de sus doctrinas con doble energía. Sí, es verdad, aun ella ha dado un paso en el camino que conduce á la completa extinción de la pena, pero no irá más adelante; al contrario, ahora se aferrará tenazmente al puesto que ocupa y lo defenderá con más fuerza, con mayor entusiasmo. La historia demuestra cuán verdaderas son aquellas palabras de Bagehot: «Aquellas mismas instituciones que ayudan más á dar el primer paso son precisamente las que más obstáculos ponen para el segundo (1).»

Y, cosa curiosa, la mejor arma de resistencia se la dará la doctrina del *ejemplo,* á la cual no se mostraron muy favorables muchos de sus más insignes escritores. Pues esta doctrina tiene una gran fuerza de resistencia, tanto, que después de repetidos ataques, y mientras los viejos sistemas declinan irremisiblemente, ella se muestra más

(1) *Lois scientifiques du développement des nations.* París, 1885, pág. 163.

joven y más gallarda que antes y la institución penal le deberá á ella su última defensa. Expliquémonos.

La imitación, que es un factor importantísimo de la actividad social, lo es también de la antisocial, cuya forma más cruda y más clara es la criminalidad. Se imita en el mal lo mismo que en el bien. La corriente actual de la civilización marcha en el sentido de disminuir, por un lado, los malos ejemplos, y por otro, de reforzar las buenas disposiciones orgánicas, á fin de que aquellos hagan menos mella, con una serie de medidas y de previsiones que, desde el terreno social, en sentido estricto, llegan hasta las instituciones jurídicas, y de los cuales hemos indicado los más notables con el nombre de *auxiliares penales*. Pero hasta tanto que dicha corriente no haya llegado tan allá que pueda decirse que su obra está ya en cierto modo madura, y, por tanto, se haya disminuido considerablemente la eficacia del mal ejemplo criminoso, será preciso oponer á éste un enérgico buen ejemplo, un ejemplo de justicia, que conforte á los ciudadanos honrados y enfrene á los malvados. Hasta que llegue aquel momento, será necesario mantener la pena.

Por último, para ser enteramente completos, hay que añadir una reserva.

El movimiento científico y práctico que constriñe á la institución penal á realizar variacio-

nes por virtud de las cuales se va apartando más cada vez de su carácter esencial tiene tanta fuerza, que es preciso suponer que marchará siempre hacia adelante hasta el extremo límite de su camino. Pero no es imposible que circunstancias históricas extraordinarias lo detengan alguna vez, y que, por tanto, la pena se detenga por algún tiempo en el camino de la decadencia. El progreso del sentimiento humanitario, que es la base del penitenciarismo, de la menor aspereza para con los criminales, de algunos importantes institutos de prevención, como del *cuidado de la infancia y de la juventud abandonadas*, puede recibir un fuerte golpe, cuando se realicen ciertos acontecimientos.

§ 45. Podría preguntarse: ¿Cuál es la utilidad de este discurso acerca de la decadencia de la pena, si por ahora y en el mañana próximo ha de continuar funcionando dicha institución y tanto el hombre de ciencia como el hombre político deberán siempre ocuparse de ella? ¿Qué importancia pueden tener las previsiones que no nos tocan á nosotros ni á la generación que vendrá después de nosotros?

No contestaré que la utilidad de una doctrina verdadera consiste en haberla anunciado (1).

---

(1) Yo persisto en considerarla verdadera. Después de la primera edición de este libro, ha sido para mi motivo de gran perplejidad el disentimiento que han manifestado con respecto á mi opinión acerca de este punto (unos de los pocos

Esto sería para mí demasiado atrevido, tanto en el concepto como en la forma.

Pero conviene insistir claramente sobre este punto. Al hablar de la decadencia de la pena no nos salimos de los confines rigurosos del hoy, no arrancamos ningún velo al porvenir, no hacemos ninguna profecía. Sea lo que quiera lo que ocurra mañana, la verdad es que la pena es en la hora presente una institución en decadencia. ¿Es este un hecho que interesa á las generaciones venideras, ó nos interesa á nosotros? El que no la conoce, ¿puede decir que conoce la pena?

---

en que existe disentimiento), Tarde y Alimena, escritores con los cuales tengo una grandísima comunión intelectual. (Véase *Archives de l' anthropologie criminale,* tomo v, 1890, pág. 453, y *Archivio di psichiatria,* vol. xii, 1891, pág. 379.) Pero sus objeciones, á lo menos dado el desarrollo que tienen (y no podían tenerlo mayor dados los límites en que debe encerrarse una noticia bibliográfica), me parece que no destruyen una inducción la cual surge clara y decididamente del movimiento de la historia. Yo convengo con Tarde en que la pena va espiritualizándose (si bien no creo que la pena verdadera sea la reprobación general, antes bien, me parece que este concepto tiene el acostumbrado vicio de no tener presente la idea específica de la pena), pero justamente la espiritualización es también, pase la palabra, una evaporación. Alimena dice: «Sería lo mismo que creer que el restringirse de la acción del Estado habría de traer consigo la abolición del Estado mismo». Contesto que, aun tomando como real semejante hipotética restricción, á menudo es la misma un aumento de intensidad, y, en todo caso, es cosa muy distinta de la decadencia. Por lo demás, creo que mi amigo admite en el fondo esta decadencia, y claro está que siendo así, no es arbitrario presumir después de la decadencia la muerte.

Hay además otras relaciones que explican mejor la utilidad de este capítulo.

Hemos comenzado por establecer la distinción entre ciencia criminal y ciencia penal, fundándola sobre la idea de que no hay ningún motivo para creer que la suerte de la pena está indisolublemente ligada á la del delito, sino que, al contrario, hay bastante motivo para admitir la opuesta hipótesis (§ 1). La hipótesis se ha cambiado después en tesis, y ha sido demostrada: mientras la criminalidad subsiste, la pena se acerca á su ocaso con paso más ó menos acelerado.

Y entonces, ¿no es bueno saberlo? Ciertamente que sí. El filósofo, el publicista, el legislador, deben comprender en toda su plenitud el significado de las reformas que propagan ó que realizan, para que sepan hasta dónde convenga llegar, dónde detenerse y qué es lo que les espera á la conclusión de su camino.

Por otra parte, el estudio sobre la *decadencia* insinúa en el ánimo una gran variedad de juicio y una tregua á las pasiones; por donde es lícito pensar que la lucha entre las varias escuelas, en cuanto á la institución penal se refiere, es más acerba en la superficie que profunda en la sustancia. Pero sobre esto nos explicaremos mejor inmediatamente.

§ 46. Es, pues, no sólo verdad, sino cosa oportuna, afirmar que la pena se encamina hacia occidente, y que el mañana que le espera es la

muerte. Ella puede mirar este su término final con mirada tranquila, después de los grandes servicios que ha prestado á la humanidad durante su carrera secular; lo mismo que aquel de nosotros que haya gastado, no malgastado, la vida, que deja detrás de sí una obra buena, puede esperar sin temor y sin remordimiento el instante supremo.

Pero nosotros hemos comenzado este capítulo observando que ordinariamente las instituciones sociales mueren por una transformación gradual, la cual las aparta de su carácter constitutivo y las hace adquirir nueva esencia, y añadimos que esto es lo que sucede con la pena. Surge, por tanto, de un modo espontáneo esta pregunta: ¿Cuál será su nueva esencia? Esta pregunta cae fuera de los confines y de los propósitos (no queremos hacer vaticinios) de nuestro trabajo; pero tiene cierta relación con un problema que no podemos dejar sin solución (§ 43). Las explicaciones que demos respecto del mismo servirán de una manera indirecta para indicar las bases que pueden servir para dar la contestación á la anterior pregunta.

Se desea saber si la mitigación en los sentimientos que provocan los delincuentes sea un bien, de que debamos alegrarnos, ó un mal, una debilidad del carácter moderno, que hay que deplorar y combatir resueltamente. El que crea que, aun en materia de progreso, debe recha-

zarse todo dogma, y aun en las creencias más consoladoras admitir la amarga duda de la crítica, no puede por menos de mirar con buenos ojos esta clase de problemas, tanto más cuando se tiene la firmísima opinión (declarada sin reticencias en el presente libro) de que ante una costumbre, una creencia, un sentimiento del público, no conformes á los principios de razón y al total movimiento de la civilización, no debe bajar la cabeza el hombre de ciencia, como tampoco debe bajarla el legislador, sino procurar corregirlas y modificarlas. Para resolver la cuestión actual, conviene mirar un poco más de cerca la dirección moderna de la biología y de la sociología criminal.

Estas disciplinas ponen poco á poco de manifiesto las causas de la delincuencia, agrupándolas en órdenes que se llaman *factores;* de lo que resulta que la idea de *maldad* continúa, pero es la calificación de ciertos actos humanos, no su explicación. Un homicidio, un hurto, una calumnia, no dejarán de ser cosas inmorales y atribuibles al individuo que es autor de ellas, sólo porque el germen, digámoslo así, de estos delitos provenga de la herencia y haya germinado en los ambientes viciados. Lo que disminuye, como hemos dicho, es la odiosidad hacia el reo, por cuanto se va abriendo camino un sentimiento de conmiseración para con aquel que, antes de causar daño á la sociedad, ha sido he-

rido por la naturaleza. Pero hay otro efecto que no hemos indicado. El creciente conocimiento de las fuerzas criminógenas acentúa la necesidad de los remedios. Cuando el hurto se supone causado por malas costumbres, por codicia, por desprecio de la ley, es natural se considere que, sometiendo á algunos años de cárcel al ladrón, está bastante defendida la sociedad contra él mismo y contra otros mal intencionados: la pena impuesta parece suficiente para enfrenar su maldad. Pero cuando se indaga más allá de aquellas causas, ó mejor, cuando éstas no se consideran sino como resultantes, cuyos componentes hay que buscar, entonces se atiende, v. gr., á los padres inmorales de que el ladrón desciende, á la mendicidad descocada y petulante, á las raterías, á las estafas, que constituyeron su escuela durante la infancia; á los amores torpes, á las malas compañías, á las orgías, en las cuales maduró el fruto del delito, y á las que tornará el delincuente no bien haya expiado la pena; en todos estos casos la sociedad está menos tranquila, porque se ve más amenazada. En suma; negado el libre albedrío, comprende que no tiene que luchar contra una sola fuerza, acumulada y aislada en un individuo, sino que tiene delante de sí una serie de fuerzas convergentes en aquel individuo; entonces su cólera hacia el mismo disminuye, pero los peligros de que se ve rodeado advierte que se han aumentado.

Resulta, pues, que la mitigación de los sentimientos que el reo provoca en el hombre honrado, sea producida por los estudios que, en lugar del ciego arbitrio, colocan la teoría de los factores de la criminalidad, sea no más que una onda particular del movimiento en que el carácter moderno se ha dulcificado y se dulcifica, puede, es verdad, ir más allá del justo límite, y, en este caso, hemos indicado (§ 30) cuál es la manera cómo debe ejercitarse la acción del Estado, pero no es un fenómeno que marcha por sí solo, sino que le acompaña ó le acompañará dentro de poco el conocimiento más perfecto de los peligros sociales y la voluntad de defenderse de ellos. Sin esto, la indicada mitigación sería el mayor peligro que nos amenazase y no tardaría en cambiarse en inercia cobarde y culpable. La mirada con que el hombre de hoy debe ver la delincuencia, no es dura, sino triste; pero con tristeza viril, que no llora sobre los males, y que no vacila un instante en procurarles remedio.

¿A dónde lo conduce esta tristeza? A buscar algo que aflija menos al reo y asegure tanto, mejor dicho, más á la sociedad; algo, mediante lo cual, al carácter *dolorífico* sustituya, cuando sea posible, el *curativo,* y cuando no lo sea, el meramente preservativo. De esta manera se sale de la pena y se continúa en la defensa social. Tendremos una cura, no de médicos, sino

de juristas; no sobre enfermos, sino sobre criminales; útil para éstos, pero subordinada al interés de la sociedad.

Según se ha demostrado (§ 40), las dos escuelas de la *enmienda* (y el penitenciarismo, que ha derivado de ella) y de la *antropología criminal,* trabajan en pro de la transformación indicada, desautorizando la pena y preparando las bases de la *cura;* la escuela de la *tutela jurídica* se resiste, oponiéndose á este movimiento con todas sus fuerzas. No conseguirá detener el movimiento con esta resistencia, pero lo traerá á su propia órbita, que es la subordinación de la *cura* á la *defensa.* Y, por tanto, mientras dichas escuelas aparecen ahora como divergentes, caminan, en cuanto respecta á nuestro asunto, por caminos que algún día llegarán á encontrarse, lo cual sucederá cuando una nueva institución haya ocupado el puesto de lucha que deja la pena y cada una de aquellas escuelas considere que este resultado es obra suya propia.

Así, por segunda vez en el curso de este trabajo, nos elevamos al punto de vista unitario. Al tratar de la *función de la pena,* tuvimos ocasión de considerar las doctrinas de la *tutela jurídica,* de la *defensa social* y del *ejemplo* como convergentes en una única fórmula, á través de sus luchas y de sus polémicas, en la única fórmula justa y racional (§ 26). Ahora, en el estu-

dio de la *decadencia*, las escuelas opuestas de la *antropología criminal*, de la *enmienda* y de la *tutela jurídica*, se muestran como cooperadoras, por diferentes caminos, á una meta única: el *sustituto (surrogato) penal*. Aquí nos es grato detenernos.

CONCLUSIÓN

§ 47. Me imagino que un amigo me haga la siguiente objeción: «Yo encuentro aceptables vuestras ideas y no tengo dificultad en adherirme completamente á ellas. Creo que las habéis expuesto, no para demostrar una tesis preconcebida en relación con las luchas que hoy tienen lugar entre las escuelas penales, sino para contribuir al estudio directo de esta materia. Además de esto, me parece que el trabajo (si se exceptúa el cap. v), y muy especialmente los capítulos III, IV, VI y VII, está ligado y penetrado por una idea general, que es la de volver á las palabras su propia significación y á las instituciones jurídicas su fisonomía especial, y poner orden en una esfera en que empieza á penetrar la confusión. Tampoco acerca de este fin hay nada que censurar. Pero os engañáis dando á la cuestión de la forma una importancia excesiva y relegando á segunda línea la cuestión de la sustancia; vuestras rectificaciones y vuestras

distinciones, aun siendo fundadas, tienen hoy para la ciencia un valor mucho menor de lo que pensáis. Cuando, por ejemplo, se demuestra que yerran algunos pensadores llamando *pena* á una nueva especie de defensa social que ellos desean, y más adelante se anuncia que verdaderamente el siglo tiende hacia algo semejante, aunque en cierta manera en conjunto, es decir, hacia esta nueva especie de defensa social, ¿no resulta claro que aquí se trata más de palabras que de cosas?»

He aquí cuál sería mi contestación. Conviniendo, en general, en que el único fin de este libro es el estudiar la materia objetivamente, sin pagar tributo á ningún prejuicio, es preciso confesar también que de su conjunto resulta una idea general de orden y método, que interesa á la evolución contemporánea del derecho penal y de sus varias escuelas. Tal idea no tendrá ningún valor en cuanto respecta al libro de que surge, pero en sí misma yo creo que es importantísima, no envolviendo una nueva cuestión de palabras y de pura forma, sino una cuestión esencial de método. En el curso de este trabajo he indicado aquí y allí las razones de esta opinión; ahora debemos insistir pocos momentos sobre ellas de una manera expresa.

Desde un principio (§ 3) se notó lo difícil que es dar una idea exacta de todas las exigencias metódicas con una sola fórmula, esto es, con

la sola palabra *positivismo*. Pero cuanto más se medita sobre esta observación, tanto más fundada se nos aparece, y despierta en el ánimo pensamientos que no carecen de interés y de gravedad. Inmediatamente vimos un primer peligro con que tropieza un buen método científico, á saber: el de servirse demasiado de los resultados obtenidos en algunas esferas del saber, en detrimento de la labor especial que debe hacerse en el propio campo. En la fórmula positiva se contiene virtualmente el remedio contra tal peligro (porque nada ó poco *observa* quien en psicología, v. gr., se propone, sobre todo, confirmar ciertas doctrinas psicológicas, ó el que transporta pura y simplemente al campo de la sociología las doctrinas biológicas); pero en lo exterior es completamente muda. Debe aún añadirse que un buen número de positivistas, y de valer, no se libraron de aquel peligro. Otra exigencia del método científico, á la cual hemos dedicado nosotros un capítulo de este libro, es que el examen de la realidad no se restrinja á confines arbitrarios, cerrados á todo rayo luminoso de ideal. La fórmula positiva contiene también aquí virtualmente todo cuanto es necesario (por cuanto la *observación* que no se quiere apartar del momento presente y de las necesidades más inmediatas, no es, después de todo, sino una *observación miope)*, pero en lo exterior no dice nada; antes bien, si se ha de juzgar

por la manera cómo la han entendido muchos de sus defensores, parece tener una significación opuesta. Una tercera exigencia consiste en que el campo de la observación se extienda sin hacer perder la especial fisonomía á cada una de sus unidades, de manera que no se pierda en intensidad lo que se gana en amplitud. Detengámonos aquí.

La época moderna, aun cuando también tenga sus abstracciones y fantasmagorías, se halla animada de un espíritu práctico y realista de una manera tan eminente, que no hay que temer mucho las ideas *aprioristas*. Hay en torno nuestro algo que nos empuja, quiérase ó no se quiera, se corra ó se marche despacio, á la gran fuente de los hechos. Pero esta época tiene una cualidad, que constituye su fuerza y puede ser también su debilidad: es el deseo de novedad. Ahora, lo nuevo no se crea, sino que viene por evolución de lo viejo, lo cual implica que el que se coloca en el uno prescindiendo del otro da un salto en el vacío. Sea bueno ó sea malo, es necesario tener una idea clara del presente para encaminarse hacia el porvenir. Si alguna escuela desea, por ejemplo, en lo futuro un orden científico distinto, con otras particiones, subclases, grupos menores, no podrá nunca conseguir su deseo si es que quiere comenzar por confundir lo existente en la actualidad; en tal caso, en sus teorías habrá de pro-

yectarse la incertidumbre, la ambigüedad, el desorden que haya tratado de introducir en las teorías ajenas. Si cree que los estudios hechos hasta ahora, en servicio de una determinada finalidad social, no responden ya á los criterios de los nuevos tiempos, por lo cual es necesario ampliar su círculo de acción, debe, ante todo, procurar que sus investigaciones ilustren mejor los puntos objeto de examen asentados ya de un modo definitivo en la ciencia y que no desnaturalicen la índole de los mismos, aproximándolos entre sí más de lo que en la realidad estén, no ahondando en las diferencias y fijándose sólo en los caracteres comunes; pues de esta manera, al paso que se aumentarían los medios de conocer, los fines se harían vagos, inciertos, á menudo indistintos, serían muchos los pasos dados y poco el camino recorrido. Esta advertencia es tanto más aplicable á las disciplinas penales cuanto que, como es sabido, se hallan actualmente agitadas de un extremo al otro por un movimiento de reforma; y es preciso tener siempre presente esta advertencia, á medida que crece el deseo de marchar por nuevas vías y á medida que el paso avanza hacia campos inexplorados, si es que se quiere llegar á conseguir alguna meta.

Con estas breves explicaciones queda indicado que la cuestión del método es, en nuestra ciencia, muy compleja y que antes de darla por re-

suelta hay que hacer un largo camino. Tiene dicha cuestión tantos aspectos que, hoy por hoy, no es fácil encerrarlos en una sola fórmula; por tanto, es preciso recomendarse á aquel prudente espíritu de observación, según el cual aun las cosas más pequeñas tienen su valor y su importancia, espíritu que á nosotros nos ha mostrado, entre otras cosas, que el no invertir el sentido de las palabras puede parecer un mero deseo de propiedad en el lenguaje y ser, sin embargo, norma fundamental de método.

§ 48. Acaso alguno, considerando el conjunto de este trabajo, se sienta inclinado á tacharme de *ecléctico*, fundándose especialmente en las últimas frases de los capítulos IV y VII, donde la palabra «unitario» no bastaría para ocultar las verdaderas tendencias del autor. Veamos si la censura es fundada (1).

---

(1) A esta censura, que, en tesis general, ha perdido ya todo su valor por haberse convertido en un vulgar medio de polémica, opuso el ilustre Tarde, en cuanto á mi persona se refiere, una defensa que me impulsa á reproducir aquí un sentimiento de gratitud. «M. Carnevale es uno de esos espíritus precisos, pacientes y circunspectos, que, por su misma precisión, se ven conducidos á la multiplicidad amontonada y en apariencia confusa de las subdivisiones y de los análisis, por su misma paciencia, á veces un poco inquietante *(impatientante)*, y por su misma circunspección, á la complejidad y á la elevación de los puntos de vista. Eclécticos los llaman los lectores de otro temperamento, Ferri, verbigracia. Pero nada más lejos del eclecticismo que esta clase de inteligencias. Los eclécticos se caracterizan por lo vago, por la indeterminación elástica de las nociones y de las ex-

Eclécticos se llaman aquellos sistemas, los cuales, colocados entre dos partes opuestas, toman de la una y de la otra lo que consideran bueno, procurando armonizarlo y componerlo en una unidad, y rechazan lo malo. Son doctrinas intermedias que responden á la índole de sus autores.

Supongamos, por el contrario, que un estu-

---

presiones, por la abundancia de los *acaso,* de los *probablemente,* de las tintas neutras, por la complacencia que tienen en dudar de todo y la repugnancia á afirmar nada, como no sea el pro y el contra á la vez... Pero nuestro autor cae precisamente en el extremo opuesto á éste. Nada odia tanto como la ambigüedad de los términos y de las ideas. Desea que cada cosa esté en su sitio, en su rango lógico ó histórico, y no admite que, para ser evolucionista, esté uno obligado á confundirlo todo. «El evolucionismo, dice, es la teoría de la sucesión de las formas, no de la confusión de las formas.» ¿Es esto ser ecléctico? ¿No es, por el contrario, ser sistemático, pero con altura y amplitud, marcar á la antropología criminal su lugar en la serie de las teorías del derecho penal, considerarla como una continuación, no como un primer comienzo ni como un fin último, mostrar sus límites y sus lagunas, hacerla ver que aún está por elaborar la interpretación sociológica de los hechos cuyo aspecto biológico la ha deslumbrado hasta ahora, hasta el punto de cegarla á menudo?... Por lo demás, nadie es más afirmativo en todas las cuestiones y nadie se contradice menos que M. Carnevale. El autor niega resueltamente el libre albedrío, y, si á pesar de esto, persiste en afirmar la responsabilidad moral, no seré yo quien tenga derecho á tacharle por ello de contradicción. Para decir todo mi pensamiento, me parece que los espíritus de este temple, precisamente porque forman un perfecto contraste con Lombroso y sus discípulos, son para éstos un auxilio útil y un complemento saludable.» (*Archives de l'anthropologie criminelle,* tomo v (1890), páginas 149-50).

dioso, probado quizá tanto como cualquier otro en las luchas de la vida, y animoso, si no importante, en las luchas de la ciencia, se retraiga por un momento de éstas, por cuanto quiere convertirlas simplemente en uno de tantos materiales sobre los que debe hacer sus investigaciones y observaciones. Puede suceder que, con relación á ciertos problemas, dos escuelas se le aparezcan menos distantes entre sí de lo que parecen consideradas cada una de ellas desde su opuesto punto de vista, y más aún, á la larga, como convergentes ambas poco á poco hacia una misma meta. No por esto querrá fundirlas ni pedir que cese la lucha, la cual, por el contrario, le parece ser útil para las nuevas formaciones científicas; no hace más que consignar un hecho y derivar de él algunas consecuencias.

En este caso, su punto de vista, llámese *unitario,* si la palabra agrada, llámese de cualquiera otra manera, no podrá seguramente decirse que sea ecléctico (1).

(1) Presintiendo que la acusación de eclecticismo, en su sentido verdadero y comúnmente aceptado, no tiene razón de ser aquí, se quiere formularla en un nuevo sentido, esto es, como «síntoma de timidez cerebral que, especialmente en los pueblos sensatos y amantes de un ocioso «justo medio», indica tan sólo una transacción, *en algunos por ilusoria esperanza de hacer de este modo más pronto carrera entre ambos contendientes*... etc. (Ferri: *Sociología criminal,* página 401.) ¡He aquí las armas con que se combate entre nosotros y con las cuales han prosperado muchos, en medio del

Este punto de vista puede hoy prestar grandes servicios, mostrándonos en el nublado cielo de la ciencia criminal algún claro de azul sereno que sirva de preludio á la calma laboriosa y fecunda.

---

estupor general! He dicho en otra parte, y lo repito aquí, que la primera cosa que los jóvenes deben hacer es no entrar por este camino, dejando que otros den saltos en él y se despachen á su gusto.

FIN

INDICE

COLECCIÓN DE LIBROS ESCOGIDOS, Á TRES PESETAS TOMO

1.—*La Sonata de Kreutzer*, por Tolstoy.
2.—*El Cabecilla*, por Barbey d'Aurevilly.
3.—*Marido y mujer*, por Tolstoy.
4.—*Recuerdos de mi vida*, por Wagner.
5.—*Dos generaciones*, por Tolstoy.
6.—*Querida*, por Goncourt.
7.—*El Ahorcado*, por Tolstoy.
8.—*Humo*, por Turguenef.
9.—*Las Veladas de Médan*, por Zola.
10.—*El Príncipe Nekhli*, por Tolstoy.
11.—*Renata Mauperin*, por Goncourt.
12.—*El Dandismo*, por Barbey d'Aurevilly.
13 y 14.—*Jack*, por Daudet.
15.—*En el Cáucaso*, por Tolstoy.
16.—*Nido de hidalgos*, por Turguenef.
17.—*Estudios literarios*, por Zola.
18.—*Miss Rovel*, por Cherbuliez.
19.—*Mi infancia y mi juventud*, por Renán.
20.—*La Muerte*, por Tolstoy.
21.—*Germinia Lacerteux*, por Goncourt.
22.—*La Evangelista*, por Daudet.
23.—*La Novela experimental*, por Zola.
24.—*Un corazón sencillo*, por Flaubert.
25.—*El Judío*, por Turguenef.
26.—*La Tema de J. Tozudo*, por Cherbuliez.
27.—*Mis memorias*, por Stuart Mill.
28 y 29.—*Estudios jurídicos*, por Macaulay.
30.—*Mis odios*, por Zola.
31.—*La Casa de los muertos*, por Dostoyuski.
32.—*Nuevos estudios literarios*, por Zola.
33.—*La novela del presidio*, por Dostoyuski.
34.—*El Sitio de Sebastopol*, por Tolstoy.
35.—*Estudios críticos*, por Zola.
36 y 37.—*Historia de América*, por Campe.
38.—*El Sitio de París*, por Daudet.
39.—*Pinzón*, por Asensio.
40.—*Amores frágiles*, por Cherbuliez.
41.—*Memorias de Heine*.
42.—*Antropología criminal*, por Ferri.
43.—*Casa de muñeca*, por Ibsen.
44.—*La Elisa*, por E. Goncourt.
45.—*Antropología psiquiatría*, por Lombroso
46.—*Novelas del lunes*, por Daudet.
47.—*El Rey Lear de la Estepa*, por Turguenef.
48.—*Los Cosacos*, por Tolstoy.
49.—*Tres mujeres*, por Sainte-Beuve.
50 y 51.—*El Naturalismo en el teatro*, por Zola
52.—*Iván el Imbécil*, por Tolstoy.
53.—*Aparecidos* y *Hedda Gabler*, por Ibsen.
54.—*Eugenia Grandet*, por Balzac.
55.—*Ramillete de cuentos*, por varios utores.
56 y 57.—*Memorias íntimas*, por Renán.
58.—*El Pesimismo en el siglo XIX*, por Caro
59.—*Cartas de mi Molino*, por Daudet.
60.—*Un Desesperado*, por Turguenef.
61.—*La Faustin*, por Goncourt.
62.—*Papá Goriot*, por Balzac.
63.—*El canto del cisne*, por Tolstoy.
64.—*Un idilio*, por Coppée.
65.—*El suicidio y la civilización*, por Caro.
66.—*Filosofía del Arte*, por Taine.
67 y 68.—*Los Novelistas naturalistas*, por Zola.
69.—*Ternezas y flores.—Ayes del alma.—Fábulas*, por Campoamor (tomo I de sus obras completas).
70.—*Salones célebres*, por Sofía Gay.
71.—*El camino de la vida*, por Tolstoy.
72.—*El Hipnotismo*, por Lombroso.
73.—*Nuevos estudios de antropología*, de Ferri.
74.—*La pintura en los Países Bajos*, por Taine.
75.—*Placeres viciosos*, por Tolstoy.
76.—*Ursula Mirouet*, por Balzac.
77.—*El dinero y el trabajo*, por Tolstoy
78.—*Estudios escogidos*, por Schopenhauer.
79.—*Doloras, cantares y humoradas*, por Campoamor (tomo II de sus obras completas).
80.—*Primer amor*, por Turguenef.
81.—*El trabajo*, por Tolstoy.
82.—*Tesoro de Cuentos*, por varios autores.
83.—*Aplicaciones judiciales*, por Lombroso.
84.—*La perla negra*, por V. Sardou.
85.—*Mi confesión*, por Tolstoy.
86 y 87.—*El doctor Pascual*, por E. Zola.
88.—*La Conquista del pan*, por Kropotkin.
89.—*Aguas primaverales*, por Turguenef.
90.—*Los hambrientos*, por Tolstoy.
91.—*Paula Mere*, por Cherbuliez.
92.—*Obras completas* de Augusto Ferrán.
93.—*Meta Holdenis*, por Cherbuliez.
94.—*¿Qué hacer?* por Tolstoy.
95.—*Lo que debe hacerse*, por Tolstoy.
96.—*El arte en Grecia*, por Taine.
97.—*Bajo las bombas prusianas*, por Gautier.
98.—*Demetrio Rudin*, por Turguenef
99.—*La vida dichosa*, por John Lubbok
100.—*Tartarín en los Alpes*, por Daudet.
101.—*El ideal en el arte*, por Taine.
102.—*Costumbres literarias*, por Caro.
103.—*Viaje á Italia*, *Nápoles*, por Taine.
104 y 105.—*Viaje á Italia*, *Roma*, por Taine.
106.—*Viaje á Italia*, *Florencia*, por Taine.
107.—*Viaje á Italia*, *Venecia*, por Taine.
108.—*Viaje á Italia*, *Milán*, por Taine.
109.—*Estudios penales y sociales*, por Tarde.
110.—*Venganza de una mujer*, por Aurevilly.
111.—*César Birotteau*, por Balzac.
112.—*La Quiebra de Birotteau*, por Balzac.
113.—*Mi Infancia*, por Tolstoy.
114.—*La Crítica en la actualidad*, por Mateo Arnold.
115.—*Fisiología de la Guerra*, por Tolstoy.
116.—*Cuentos escogidos*.
117.—*La Escuela*, por Tolstoy.
118.—*Colomba*, por Merimée.
119.—*La Dama del mar* y *Un enemigo del pueblo*, por Ibsen.
120.—*Nerval y Baudelaire*, por Gautier.
121.—*Las Diabólicas*, por Barbey,

BIBLIOTECA DE JURISPRUDENCIA FILOSOFÍA É HISTORIA

La Nueva Ciencia Jurídica, por varios autores, dos grandes volúmenes con grabados, 15 pesetas.

La Génesis y la evolución del Derecho civil, por D'Aguanno, 15 pesetas.

La Criminología, por Garofalo, 10 pesetas.

Indemnización á las víctimas del delito, por Garofalo, 4 pesetas.

Derecho administrativo, por Meyer y Posada, dos volúmenes, 10 pesetas.

La Justicia, por Spencer, 7 pesetas.

La Moral, por Spencer, 7 pesetas.

La Beneficencia, por Spencer, 6 pesetas.

Las Instituciones eclesiásticas, por Spencer, 6 pesetas.

Derecho internacional público, por Neumann, 6 pesetas.

Derecho internacional privado, por Asser y Rivier, 6 pesetas.

Origen de la familia, de la propiedad y del Estado, por Federico Engels, 6 pesetas.

Novísimo concepto del Derecho, por Alfredo Fouillée, 7 pesetas.

Crítica penal. Estudio de Filosofía jurídica por Carnevale, 5 pesetas.

Las Transformaciones del Derecho, por Tarde, 6 pesetas.

El Duelo y el delito político, por Tarde, 3 pesetas.

La Criminalidad comparada, por Tarde, 3 pesetas.

Estudios penales y sociales, por Tarde, 3 pesetas.

Antropología y psiquiatría, por Lombroso, 3 pesetas.

El Hipnotismo, por Lombroso, 3 pesetas.

Aplicaciones judiciales y médicas de la antropología criminal, por Lombroso, 3 pesetas

Antropología criminal, por Ferry, 3 pesetas.

Nuevos estudios de antropología criminal, por Ferry, 3 pesetas.

El Visitador del preso, por C. Arenal, 3 pesetas.

El Derecho de gracia, por C. Arenal, 3 pesetas.

El Delito colectivo, por C. Arenal, 1,50 pesetas.

Estudios jurídicos, por Macaulay, dos tomos, 6 pesetas.

La Pena de muerte, por Carnevale, 3 ptas.

La Casa de los muertos (La cárcel), por Dostoyusky, 3 pesetas.

La Novela del presidio (La vida penal), por Dostoyusky, 3 pesetas.

El Suicidio y la civilización, por Caro, 3 pesetas.

Mi infancia y mi juventud, por Renán, 3 pesetas.

Memorias íntimas, por Renán, dos tomos. 6 pesetas.

Mis memorias, por Stuart Mill, 3 pesetas.

El Pesimismo en el siglo XIX: Leopardi, Schopenhauer, Hartman, por Caro, 3 pesetas.

Filosofía del arte, por Taine, 3 pesetas.

La Pintura en los Países Bajos, por Taine, 3 pesetas.

El Arte en Grecia, por Taine, 3 pesetas.

El Ideal en el arte, por Taine, 3 pesetas.

Viaje á Italia, por Taine, seis tomos, 18 pts.

Historia de América, por Campe, dos tomos, 6 pesetas.

Pinzón, por Asensio, 3 pesetas.

Estudios escogidos, por Schopenhauer, 3 pts.

La Conquista del pan, por Kropotkin, 3 pts.

La Vida dichosa, por Lubbok, 3 pesetas.

Placeres viciosos, por Tolstoy, 3 pesetas.

El Dinero y el trabajo, por Tolstoy, 3 pts.

El Trabajo, por Tolstoy, 3 pesetas.

Mi confesión, por Tolstoy, 3 pesetas.

Los Hambrientos, por Tolstoy, 3 pesetas.

¿Qué hacer?, por Tolstoy, 3 pesetas.

Lo que debe hacerse, por Tolstoy, 3 pesetas.

OBRAS DE DERECHO

Derecho administrativo, por Meyer, 5 pesetas.
Derecho administrativo, 2.° t., por Posada, 5 pesetas.
La Pena de muerte, por Carnevale, 3 pesetas.
El Visitador del preso, por C. Arenal, 3 pesetas.
El Derecho de gracia, por C. Arenal, 3 pesetas.
El Delito colectivo, por C. Arenal, 1,50 pesetas.
El Duelo y el delito político, por Tarde, 3 pesetas.
La Criminalidad comparada, por Tarde, 3 pesetas.
Las Transformaciones del Derecho, por Tarde, 6 pesetas.
La Nueva Ciencia Jurídica, dos grandes volúmenes, 15 pesetas.
La Criminología, por R. Garofalo, 10 pesetas.
Las Víctimas del delito, por Garofalo, 4 pesetas.
La Génesis y la evolución del Derecho civil, por D'Aguanno, 15 pesetas.
La Justicia, por Spencer, 7 pesetas.
La Moral, por Spencer, 7 pesetas.
La Beneficencia, por Spencer, 6 pesetas.
Las Instituciones eclesiásticas, por Spencer, 6 pesetas.
Derecho internacional público, por el B. de Neumann, 6 pesetas.
Derecho internacional privado, por Asser y Rivier, 6 pesetas.
La Casa de los muertos *(La cárcel)*, por Dostoyusky, 3 pesetas.
La Novela del presidio, por Dostoyusky, 3 pesetas.
Estudios jurídicos, (dos tomos), por Macaulay, 6 pesetas.
Antropología criminal, por Ferry, 3 pesetas.
Antropología y psiquiatría, por Lombroso, 3 pesetas.
El Suicidio y la civilización, por Caro, 3 pesetas.
El Hipnotismo, por Lombroso, 3 pesetas.
Nuevos estudios de Antropología criminal, por Ferry, 3 pesetas.
Aplicaciones judiciales y médicas de la Antropología criminal, por Lombroso, 3 pesetas.
Estudios penales y sociales, por Tarde, 3 pesetas.
Origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado, por Federico Engels, 6 pesetas.
Derecho penal, por A. Merkel.
Derecho político filosófico, por Luís Gumplowicz.
Tratado de las pruebas, por Francisco Ricci.

OBRAS DE INMINENTE PUBLICACIÓN

Tratado de las pruebas, por Ricci.
Economía política, por Neumann, Kleinwachter, Nasse, Wagner, Mithof y Lexis.
Hacienda pública, por Adolfo A. Buylla.
Derecho internacional, por Martens.
Derecho penal, por Merkel.
Derecho político filosófico, por Gumplowicz.
La Lucha de las razas, por Gumplowicz.
Instituciones sociales, por Spencer.
Instituciones políticas, por Spencer.
La Reforma integral de la legislación civil, por D'Aguanno.
El Derecho antiguo, por Sumner-Maine.
Historia del Derecho, por Sumner-Maine.
Historia de las instituciones primitivas, por Sumner-Maine.
Derecho internacional (**La Guerra**), por Sumner-Maine.
La Ciencia social contemporánea, por A. Fouillée.
La Educación y la herencia, por Guyau.
Sentido económico de la historia, por Thorold Rogers.
Filosofía del Derecho privado, por Luis Miraglia.
La Legítima defensa, por Fioretti.
La Escuela criminalista positiva, por Lombroso, Ferri, Garofalo y Fioretti.
Teoría de los cambios extranjeros, por Goschen.
Derecho Mercantil.
Derecho Canónico.

LA ESPAÑA MODERNA

REVISTA DE ESPAÑA

AÑO VI

Esta publicación verá la luz el día 1.º de cada mes, escrita por los mejores publicistas españoles. El Sr. Menéndez y Pelayo, se ha encargado de la Revista Crítica y el Sr. Echegaray, de las Cuestiones Científicas.

REVISTA INTERNACIONAL

Esta nueva publicación verá la luz el 15 de cada mes, á partir del año 1894. El objeto que nos proponemos al publicarla es dar á conocer, en correctas traducciones castellanas, las obras más notables que produzca el ingenio humano de ambos mundos. Las novelas de mayor interés que vayan apareciendo, los estudios de crítica, de filosofía, de jurisprudencia, de bellas artes, historia, ciencia, etc., verán la luz en esta publicación.

CONDICIONES DE SUSCRICIÓN

lo mismo para **La España Moderna** *que para la* **Revista Internacional**

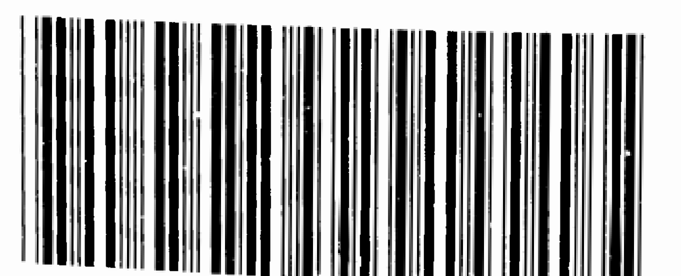
Cada número formará un grueso volumen que contenga tanta cantidad de lectura como cuatro tomos de los que en Francia suelen venderse á 3,50 francos.

Precios: En España, seis meses, **diez y siete pesetas**; un año, **treinta pesetas**.—En las demás naciones europeas y americanas, y en las posesiones españolas, un año, **cuarenta francos**, enviando el importe á esta Administración en letras sobre Madrid, París y Londres.—Todas las suscriciones deben partir de Enero de cada año. A los que se suscriban después se les entregarán los números atrasados.—Se suscribe en la Cuesta de Santo Domingo, 16, principal, Madrid.

Director: J. LÁZARO

OBRAS DE DERECHO

La Casa de los muertos *(La cárcel)*, por Dostoyusky, 3 pesetas.—**La Novela del presidio**, por íd., 3 íd.—**La Cuestión de la pena de muerte**, por Carnevale, 3 íd.—**El Visitador del preso**, por Concepción Arenal, 3 íd.—**El Duelo y el delito político**, por G. Tarde, 3 íd.—**El Delito colectivo**, por Concepción Arenal, 1,50 íd.—**Estudios jurídicos**, por Macaulay (dos tomos), 6 íd.—**Antropología criminal**, por E. Ferry, 3 íd.—**Antropología y psiquiatría**, por Lombroso, 3 íd.—**El Suicidio y la civilizacion**, por Caro, 3 íd.—**Derecho administrativo**, por Meyer y Posada, dos tomos, 10 pesetas.—**El Derecho de gracia**, por Concepción Arenal, 3 íd.—**La Criminalidad comparada**, por G. Tarde, traducción, prólogo y notas, por A. Posada, 3 íd.—**El Hipnotismo**, por Lombroso, 3 íd.—**Nuevos estudios de Antropología criminal**, por Ferry, 3 íd.—**La Nueva Ciencia Jurídica**, dos grandes volúmenes, 15 pesetas.—**La Criminologia**, por Garofalo, 10 pesetas.—**Las Víctimas del delito**, por Garofalo, segun la parte de **La Criminología**, 4 íd.—**Aplicaciones judiciales y médicas de la Antropología criminal**, por Lombroso, 3 pesetas.—**La Génesis y la evolución del Derecho civil**, por D'Aguanno, 15 pesetas.—**La Justicia**, por Spencer, 2.ª edición, 7 pesetas. **Derecho internacional privado**, por Asser y Rivier, 6 pesetas.—**Derecho internacional publico**, por Neumann, 6 pesetas.—**Las Instituciones eclesiásticas**, por H. Spencer, 6 pesetas.—**Estudios penales y sociales**, por Tarde, 3 pesetas. —**Las transformaciones del Derecho**, por G. Tarde, 6 pesetas.—**La Beneficencia**, por Spencer, 6 pesetas.—**Origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado**, por Federico Engels, 6 pesetas.—**Novísimo concepto del Derecho**, por Alfredo Foullee, 7 pesetas.


600388686